

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

(Scuola di Giurisprudenza)

Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico

Teoria delle Istituzioni nazionali ed europee

e filosofia giuridica

XII Ciclo

Tesi di dottorato

FATTO E DIRITTO

NEL DIVENIRE

DELL'AMMINISTRAZIONE GLOBALE

DEI PRINCIPI DI SCIENZA NUOVA IN G. B. VICO

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Enzo Maria Marengi

Dottoranda

dott.ssa Maria Dell'Anno

Anno accademico 2013-2014

INDICE

Capitolo I

DIRITTO E ANALISI GIURISPRUDENZIALE

1. *Esperienza giuridica e interpretazione giurisprudenziale*
2. *Il diritto vivente*
3. *L'elaborazione giurisprudenziale*
 - 3.1. *(segue) ... sull'art. 21 octies comma 2*
 - 3.2. *(segue) ... sulla nozione di danno ingiusto*
 - 3.2. *(segue) ... sulla tutela del terzo nella Scia*
 - 3.4. *(segue) ... sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*
4. *Il versante europeo*

Capitolo II
IL METODO GIURISPRUDENZIALE

1. *Il fatto e il giudizio amministrativo*

1.1. *L'analisi del fatto naturale*

1.2. *L'analisi del fatto normativo*

1.2.1. *Applicazioni concrete dei criteri di utilitas
e necessitas*

1.2.1.1. *Il giudizio di ottemperanza*

1.2.1.2. *L'ultima frontiera della tutela
demolitoria: l'annullamento con effetti ex nunc*

2. *Corti sovranazionali, diritto europeo e gerarchia delle fonti*

Capitolo III
GLOBALITA' E METODO GIURIDICO

1. *La filosofia vichiana*

2. *L'intuizione vichiana nel pensiero filosofico del primo Novecento*

3. *Il sistema globale*

3.1. *I poteri economici forti*

3.2. *L'informazione nel web*

3.3. Diritto amministrativo globale e ambiente

Capitolo IV

UNIVERSALISMO E PRINCIPI

1. Fatto e diritto in Vico

2. Principi, spazio globale, diritto universale

2.1. Il Titolo V della Costituzione

2.2. Diritto di proprietà e (abuso di) lottizzazione abusiva

2.3. I principi del diritto comunitario ambientale

Conclusioni

Bibliografia

CAPITOLO I

DIRITTO E ANALISI GIURISPRUDENZIALE

1. Esperienza giuridica e interpretazione giurisprudenziale

Una riflessione sul diritto, alla luce del pensiero del Vico¹, appare oggi di grande attualità.

Nell'odierno contesto istituzionale, infatti, gli ambiti nazionali sono ormai integrati nell'ordinamento europeo, nel quale la formazione del diritto avviene non soltanto mediante la produzione di provvedimenti di natura normativa, ma (sempre più) per principi

¹ Filosofo e giurista napoletano del XVIII secolo, le cui influenze nel pensiero filosofico moderno e contemporaneo saranno illustrate nei capitoli III e IV.

elaborati dalla giurisprudenza delle Corti, sulla base delle diverse tradizioni costituzionali degli Stati.

La forza e l'autorità della legge, come atto supremo di formazione del diritto, frutto della decisione di imperio del potere politico che aveva caratterizzato la vicenda storica dello Stato moderno, si appanna a fronte della pluralità dei centri decisionali, anche superiori al potere legislativo, come le Corti, dislocati ai vari livelli di governo, politici e non, e reciprocamente interferenti, nonché a fronte della pluralità, spesso conflittuale, dei gruppi sociali che trovano in se stessi, piuttosto che nel riconoscimento legislativo, la propria legittimazione.

Da ciò deriva la centralità della giurisdizione nel complesso dei poteri di governo della collettività, quale centro di elaborazione del '*diritto vivente*'.

Al di là del *certum* costituito dai provvedimenti imperativi dell'autorità titolare del potere di produzione normativa, occorre svelare il *verum* insito dentro le profonde ragioni storiche dei fatti sociali, nell'essenza delle comunità nel loro farsi incessante e nelle concrete esigenze attuali della vita della comunità.

È questo il ruolo centrale dell'interpretazione, svelare il *verum* nascosto nel *certum*.

Il ruolo creativo dell'ordinamento giuridico. Solo nell'interpretazione, infatti, le leggi acquistano pieno valore normativo.

Mentre il *certum* è il volere del legislatore, proviene dall'autorità, “*la ragione della legge è quella che la fa essere vera*”, come conformità all’assetto storico-sociale, al concreto dei rapporti sociali quali storicamente formatisi in un contesto determinato.

Nel contesto istituzionale attuale, questo ruolo costruttivo dell'interpretazione ha assunto sempre maggiore importanza, sino a divenire punto nevralgico dell'evoluzione del sistema normativo, quale elemento dominante del sistema delle fonti e della costruzione e attualizzazione dell'ordinamento giuridico.

Cogliere la *ratio* delle leggi diventa un passaggio ineluttabile per comprendere la verità che trae la sua origine profonda nella storia di una comunità, nella sua essenza. Il compito dell'interpretazione è quello di comprendere le cause intrinseche del sovrapporsi degli atti di autorità al fine di riordinare il sistema normativo.

Nell'ambito dell'esperienza giuridica è fondamentale il ruolo della giurisprudenza che sulla base delle norme, interpretandole, forma nella sua concretezza il sistema giuridico.

Allo stesso modo, operano le prassi negoziali e amministrative, che mostrano il diritto vissuto, quel diritto applicato dai consociati e dalle autorità pubbliche in quanto ritenuto vincolante, come diritto effettivamente rispondente alle esigenze del contesto sociale in cui si applica.

Il diritto non è quello che è scritto nei testi, nelle leggi, ma quello che vive nell'esperienza e, segnatamente, nell'interpretazione giurisprudenziale, il cui compito è quello di cogliere la *ratio* delle

leggi per renderle compatibili con le ragioni profonde dell'ordinamento nel suo farsi, nell'evolversi delle sue tradizioni. Attraverso di essa i giuristi diventano artefici dell'ordinamento.

“Se all’insieme delle norme della singola istituzione e a ciascuna singolarmente deve essere inerente il carattere dell’autorità, è indispensabile che vi sia una forza che le sostenga. È la forza sociale”².

2. Il diritto vivente

Il diritto vivente, concetto emerso con forza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, è quello formato dall'interpretazione giurisprudenziale consolidata, costante nel tempo.

Nel sindacato di costituzionalità delle leggi, le norme vengono valutate non in se stesse ma per il modo in cui vengono applicate costantemente dalla giurisprudenza nel contesto dell'esperienza giuridica. *“In presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante, o comunque ampiamente condiviso ... la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa stessa 'vive' nell'applicazione giudiziale”* (Corte cost. n. 230/2012).

² La nozione di forza sociale alla quale si fa riferimento è tratta da G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Roma-Bari, 2005, p. 17, che ha considerato le idee e i convincimenti collettivi *“importanti, talvolta anzi decisivi, ai fini della formazione e del consolidamento della forza sociale”*, p. 94.

Una volta consacratosi un principio di diritto vivente, “*nessuna interpretazione costituzionalmente orientata della norma (cioè che ne avrebbe potuto salvare il testo) è percorribile, in presenza del chiarissimo principio di diritto più volte affermato e ribadito (nella specie, dalla Corte dei Conti) le cui conformi pronunce sostanziano il diritto vivente*” (Corte cost. n. 197/2010).

In sostanza una norma è quella che è (e su di essa si esercita il sindacato di costituzionalità) secondo il significato che ad essa è attribuito dalla costante interpretazione giurisprudenziale (in particolare, se consacrata dalla Suprema Corte nella sua funzione nomofilattica).

Non vi è dubbio che il controllo di costituzionalità delle leggi ha rafforzato il concetto di esperienza giuridica come quel complesso di dati nei quali la legge, atto tipico dell'autorità, riveste ruolo non assoluto, essendo sottoposto alla conformità a principi superiori a loro volta viventi nella giurisprudenza delle Corti.

In questo senso si parla di diritto vivente, quale quello oggetto del sindacato costituzionale, e diritto costituzionale vivente, al cui confronto si stabilisce la legittimità del primo.

Nella stessa direzione di valorizzazione del ruolo del giudice si colloca anche la giurisprudenza della Corte sull'interpretazione conforme a Costituzione: il giudice comune ricerca tra le possibili interpretazioni della norma ordinaria quella conforme al dettato costituzionale; un compito il cui assolvimento non si configura come una mera facoltà, bensì come un obbligo cui il giudice è tenuto ad

adempiere prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, che diviene così sottoponibile alla Corte solo nel caso in cui non sia stato possibile rinvenire un'interpretazione della norma conforme al dettato costituzionale.

3. *L'elaborazione giurisprudenziale*

L'art. 1 delle Preleggi individua quali “*fonti del diritto: le leggi; i regolamenti; [le norme corporative;] gli usi*”.

In ogni caso, l'uso, sebbene richiamato espressamente tra le fonti del diritto, è fonte terziaria, in quanto sottordinata alla legge e ai regolamenti. Pertanto nelle materie riservate alle fonti superiori l'uso vale solo se espressamente richiamato, si tratta dell'uso *secundum legem* (l'art. 8 delle Preleggi prevede che “*nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati*”). Nelle materie non regolate da leggi o regolamenti l'uso è fonte autonoma (uso *praeter legem*). In realtà, nel nostro ordinamento giuridico, connotato dal proliferare di leggi e fonti secondarie, gli usi non trovano spazio applicativo autonomo.

La giurisprudenza, come è noto, non rientra nel novero delle fonti; si tratta di un retaggio del positivismo legalista: eppure molti istituti sono stati codificati nel nostro sistema proprio a seguito dell'elaborazione giurisprudenziale.

Si è avviato infatti un processo “*inverso*” di produzione del diritto e ne ricorrono molti esempi sia nella legge sul procedimento amministrativo che nel codice del processo amministrativo.

Si profila così un vero e proprio ‘*diritto giurisprudenziale*’ che si colloca tra i vari complessi normativi concorrenti nel formare il diritto effettivamente vigente, una fase di elaborazione creativa da parte della giurisprudenza attraverso cui ogni norma, anche la meglio premeditata e apparentemente completa, può e deve essere interpretata affinché sia effettivamente applicabile³.

Il diritto vivente, almeno in alcuni settori dell'ordinamento, è interamente frutto di elaborazione giurisprudenziale.

Nel diritto amministrativo, ad esempio, è noto come la parte generale, i principi di imparzialità e trasparenza, la comparazione con gli interessi in gioco, non solo pubblici ma anche privati, non trovi la sua origine in alcun testo normativo ma piuttosto nell'interpretazione giurisprudenziale che intende l'amministrazione in uno stato democratico con funzione servente degli interessi della collettività.

Così, si potrebbe dire per l'elaborazione giurisprudenziale relativa alle situazioni soggettive protette che danno titolo per accedere alla tutela dell'ordinamento. Su questo punto le norme sono

³ In questo senso, L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. VIII e IX, secondo il quale “*sicuramente il giurista positivo è chiamato a impegnare nell'attività professionale non solo una competenza di tecnico, ma il centro stesso della sua personalità di uomo; sicuramente deve – come giurista – farsi filosofo e sociologo se vuole che la sua irrefutabile libertà nel formulare il diritto sia munita delle ispirazioni e dei controlli provenienti da una riflessione critica sui valori e da un'analisi scientifica dei fatti*”.

estremamente vaghe. E' stata l'elaborazione giurisprudenziale ad individuare gli interessi meritevoli di tutela, ad allargarne la sfera, in modo da ampliare la platea di posizioni in relazioni alle quali è oggi possibile chiedere il risarcimento dei danni, o che siano annullati atti lesivi.

3.1. (*segue*) ... *sull'art. 21 octies comma 2*

Su questa linea si pone l'art. 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo, introdotto con la legge n. 15/2005, che ha positivizzato il regime dei vizi non invalidanti dell'atto amministrativo, prevedendo che in caso di atti vincolati il provvedimento non possa essere annullato, qualora il vizio di forma non infici il contenuto di tale atto.

Ancora, il secondo periodo ha esteso questo regime anche agli atti discrezionali qualora sia stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento, quando l'amministrazione dimostri in giudizio che l'apporto partecipativo dell'interessato non avrebbe comunque potuto condurre ad un risultato diverso.

La l. 15/2005 ha positivizzato principi precedentemente elaborati e consolidatisi in giurisprudenza.

I giudici amministrativi già da tempo avevano riconosciuto la categoria delle violazioni formali, mossi dal proposito di non

ostacolare l'azione della pubblica amministrazione con interpretazioni troppo rigorose delle norme che ne disciplinano lo svolgimento.

Sono numerosi gli esempi di decisioni, precedenti alla codificazione dell'art. 21 *octies*, manifestamente ispirate alla finalità di privilegiare il risultato più che la forma dell'attività amministrativa, in riferimento a taluni istituti regolati dalla legge sul procedimento amministrativo.

È il caso dell'omessa indicazione del responsabile del procedimento (Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 1999, n. 597).

Anche l'inosservanza dell'art. 3 comma 4 della l. n. 241/1990, che prescrive l'indicazione, nel provvedimento da comunicare ai destinatari, "*del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere*", è stata ritenuta irrilevante ai fini dell'invalidità dell'atto (Cons. Stato., Ad. Plen., 14 febbraio 2011, n. 1 e Cons. Stato, Sez. V, 3 marzo 2011, n. 1231, sul problema della rimessione in termini per scusabilità dell'errore).

L'approccio sostanzialistico è stato seguito dai giudici amministrativi per pervenire a conclusioni analoghe anche con riguardo alla valutazione del vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento, considerato irrilevante nel caso in cui l'ipotetica partecipazione procedimentale fosse risultata priva di qualsiasi utilità per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e degli interessi poi dedotti in giudizio dal ricorrente (Cons. Stato, Sez. IV, 15 marzo 2000, n. 1408).

Allo stesso modo, l'omessa comunicazione non è stata ritenuta invalidante quando l'interessato abbia comunque avuto conoscenza del procedimento e vi abbia potuto partecipare (Cons. Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6693) o il procedimento sia stato avviato su istanza di parte (Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5799) o ancora l'adozione del provvedimento sia doverosa, oltre che vincolata, sicché l'eventuale annullamento del provvedimento non priverebbe comunque l'amministrazione del potere di emanare un atto dal contenuto identico (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823).

In ordine al provvedimento nel quale si riscontri difetto o mancanza di motivazione, la giurisprudenza ha considerato ininfluenza tale vizio qualora l'atto sia vincolato (Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3539) ed è stata ammessa la convalida in corso di giudizio: *“ove l'amministrazione incorsa in vizio di legittimità, suscettibile di sanatoria, intenda avvalersi di tale facoltà, non sembra possa essere opposto un diritto dell'interessato ad ottenere, ad ogni costo, l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato”* (TAR Lazio, 16 gennaio 2002, n. 398).

L'art. 21 *octies* comma 2 ha recepito pienamente la riportata casistica giurisprudenziale, dando ad essa tessuto legislativo, tanto da indurre i giudici amministrativi, nel ribadire la sussistenza dell'obbligo di motivazione ed il divieto di motivazione postuma, ad affermare come dai recenti interventi normativi si possa evincere un'attenuazione del divieto, in ossequio all'impostazione

antiformalistica di cui alla legge n. 15/2005 (TAR Veneto, Sez. II, 14 novembre 2008, n. 3550).

3.2. (*segue*) ... sulla nozione di danno ingiusto

Anche l'assetto delle situazioni protette varia con il variare della coscienza e sensibilità sociale.

I giudici hanno assunto il compito di interpretare, nella concretezza del caso, le norme e così rendere attuale il sistema normativo.

Il contenuto della nozione di danno ingiusto, di cui all'art. 2043 c.c., è stato frutto di una profonda evoluzione giurisprudenziale.

Un tempo si riteneva che la disciplina dell'illecito civile, al pari di quella penale, mirasse a sanzionare la trasgressione di un comando. Si aveva così riguardo alla colpa e al dolo.

Inoltre si riteneva che solo i diritti assoluti fossero suscettibili di lesione, in quanto tutelati *erga omnes*, da norme primarie (fondamentalmente i diritti reali), analogamente a quelle penali. L'illecito sarebbe stato tale solo se *contra ius*, lesivo, cioè, di dette norme primarie e l'ingiustizia doveva riferirsi al fatto e non al danno⁴.

La prospettiva si è rovesciata. L'art. 2043 c.c. non è più considerato norma secondaria, sanzionatoria della violazione di una

⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 710 ss.

norma primaria, ma norma primaria essa stessa, perché contiene la clausola generale dell'ingiustizia del danno, in virtù del quale il dovere del *neminem laedere* offre una protezione “*atipica*”, riferita cioè a tutti gli interessi giuridicamente rilevanti.

Spetta poi al giudice individuarli e selezionarli, stabilendo così se il danno debba essere trasferito dal danneggiato al danneggiante, mediante un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto.

Non è dunque la legge che stabilisce quali sono le situazioni cui si estende la protezione dell'ordinamento, ma è la giurisprudenza che interpretando la sensibilità sociale determina l'accesso alla tutela di situazioni precedentemente escluse.

Da qui la dilatazione del novero delle posizioni tutelabili.

Col tempo si è riconosciuta all'art. 2043 c.c. una funzione precettiva, attributiva di un nuovo e autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno a colui che subisca una illecita intrusione nella propria sfera giuridica.

La valorizzazione di questa concezione dell'art. 2043 c.c., come norma precettiva, trova un passaggio cruciale nella sentenza n. 500/99 con la quale le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno affermato la risarcibilità degli interessi legittimi, prima non ritenuti risarcibili (la tutela in precedenza accordata ai soli interessi oppositivi era, in realtà, tutela del diritto soggettivo ingiustamente ‘*affievolito*’).

La Corte ha ricostruito il percorso compiuto dalla risarcibilità della sola lesione dei diritti assoluti a quella dei diritti relativi fino al “*riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche che*

del diritto soggettivo non avevano la consistenza ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo. E' il caso del così detto diritto all'integrità del patrimonio ... in relazione al quale è stata affermata, tra l'altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni”; il riconoscimento della risarcibilità della lesione di legittime aspettative di natura patrimoniale nei rapporti familiari ed anche nell'ambito della *'famiglia di fatto'*; sino a giungere alla risarcibilità degli interessi legittimi a fronte del mutato rapporto tra i cittadini e i pubblici poteri come avvertito nella più recente esperienza, anche sul versante europeo (come rapporto di natura sostanzialmente paritaria nel quale il rispetto reciproco degli interessi tutelati diviene regola fondamentale di azione).

In relazione agli interessi legittimi, quali situazioni soggettive legittimanti i titolari ad agire in giudizio nei confronti delle pubbliche amministrazioni, la giurisprudenza ha via via allargato la platea dei portatori di interessi meritevoli di tutela estendendola, al di là dei soggetti destinatari degli effetti del provvedimento amministrativo, sino ad investire i più vari interessi che possono riguardare la vita del soggetto purché siano rapportabili a interessi meritevoli di tutela alla stregua dell'ordinamento e che vengono soggettivizzati ad opera della giurisprudenza (si pensi al paesaggio, al lavoro, allo status professionale).

La nozione di situazione protetta si svincola nei rapporti civilistici in materia di danno, ma nei rapporti amministrativi si direbbe sempre, dalle parti del rapporto tecnicamente inteso (il proprietario, il conduttore, il mutuante, il mutuatario, il soggetto che chiede l'autorizzazione, l'espropriato) e investe una platea di soggetti sempre più ampia, che varia e si estende con il mutare dell'esperienza.

In tutti questi casi, non è la legge a stabilire quali siano le situazioni cui si estende la protezione dell'ordinamento (i diritti, gli interessi legittimi: art. 24 Cost.), ma è la giurisprudenza che, interpretando la sensibilità sociale, determina l'accesso alla tutela di situazioni precedentemente escluse.

3.3. *(segue) ... sulla tutela del terzo nella Scia*

Deve però darsi atto che non sempre il legislatore ha mostrato di condividere le conclusioni cui la giurisprudenza era pervenuta.

Emblematico è il caso della tutela del terzo in materia di dia/scia.

L'art. 19 della l. n. 241/1990 ha, sin dalla sua originaria formulazione, imposto alla giurisprudenza amministrativa

interpretazioni evolutive degli strumenti di tutela di situazioni giuridiche soggettive contrapposte⁵.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 15 del 29 luglio 2011, aveva individuato due strumenti cumulativi di tutela: l'azione demolitoria avverso un provvedimento di silenzio diniego di provvedimento inibitorio dell'attività esercitata, nonché l'azione di condanna pubblicistica all'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di adottare il provvedimento inibitorio⁶.

⁵ A titolo esemplificativo si ricordano le due sentenze della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, n. 1550/2007 e n. 717/2009: la prima sosteneva la necessità per il terzo leso di proporre un'istanza all'amministrazione e, in caso di inerzia, un ricorso contro il silenzio-rifiuto, la seconda affermava la configurabilità di un'azione di accertamento atipica mediante ricorso volto a verificare l'inesistenza dei presupposti della dia, senza che fosse necessaria la preventiva sollecitazione del potere di autotutela.

⁶ A questo riguardo, si ricorda come un illuminante studio avesse già prospettato questa tesi, poi condivisa dalla giurisprudenza: G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso ed il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1, p. 359 ss. Occorre anche evidenziare come questa soluzione, riconoscendo la natura provvedimentale all'inerzia serbata dalla pubblica amministrazione, consentisse di giustificare il richiamo dell'art. 19 all'istituto dell'autotutela nella sua accezione tradizionale. Questa tesi giurisprudenziale non è comunque esente da critiche in dottrina: in particolare, ad avviso di alcuni, la soluzione non sarebbe coerente in quanto in primo luogo la valenza negativa dell'inerzia non troverebbe fondamento in alcuna disposizione espressa, in secondo luogo questa impostazione renderebbe "l'azione di annullamento un rimedio meramente strumentale a chiedere ed ottenere la tutela condannatoria, unica azione che nel caso di specie può assicurare piena tutela alla posizione del terzo". (F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività – Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011, p. 204).

Individuato lo strumento esperibile dal terzo dopo il perfezionamento della decisione amministrativa di non adottare alcuna misura, la Plenaria si era anche occupata del tipo di tutela da accordare al terzo nello *spatium temporis* anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio⁷.

Secondo la Plenaria l'unica azione esperibile in tale evenienza, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, era l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifici l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa. Ciò avrebbe consentito al giudice, non di adottare una pronuncia di merito stante il limite dell'art. 34, comma 2, c.p.a., ma quantomeno di adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie ex art. 55 c.p.a. al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo, l'esercizio della attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave e irreparabile. L'azione di accertamento, una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si sarebbe convertita automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto.

⁷ Ciò al fine di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione dell'attività denunciata, non essendo accettabile in linea di principio che vi possa essere un "*periodo morto*" (non coperto cioè neanche dalla tutela *ante causam*) in cui un interesse rimanga privo di tutela.

Il legislatore, non soddisfatto delle conclusioni cui l'Adunanza Plenaria era approdata, è intervenuto per la prima volta su questo aspetto, sino ad allora ignorato dal diritto positivo, fornendo una diversa soluzione, già percorsa da orientamenti giurisprudenziali risalenti.

In particolare, con il D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (*“Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”*), il legislatore ha aggiunto il comma 6 *ter*, all'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce che *“la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

L'intervento normativo codifica una soluzione, al fine di impedire ulteriori evoluzioni giurisprudenziali in materia⁸: anzi, è stata proprio l'incertezza giurisprudenziale a sollecitare l'intervento del legislatore.

Si recupera la tesi della possibile (e necessaria) sollecitazione da parte del terzo dell'esercizio del potere di intervento, al fine di consentire l'emissione di un provvedimento amministrativo espresso,

⁸ In questo senso anche W. GIULIETTI – N. LONGOBARDI, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it, 8/2011.

se del caso impugnabile direttamente; nel caso opposto, al fine di permettere al terzo di impugnare il silenzio inadempimento dell'amministrazione, tramite l'azione espressamente disciplinata dall'art. 31 commi 1, 2 e 3 del Codice del processo amministrativo⁹.

La soluzione individuata dal legislatore rappresenta un esempio di creazione del diritto che intende, contrariamente ai casi

⁹ Se il terzo ha il potere di sollecitare un potere di riesame *sine die* e, in caso di inerzia, ha facoltà di esperire il rimedio di cui all'art. 31 nel termine di un anno dalla denuncia, i perseguiti obiettivi di liberalizzazione e competitività sono ben lontani: si introduce un elemento di incertezza in relazione alla situazione giuridica di colui che intraprende l'attività, che risulta così esposto, in ogni tempo, alla possibile apertura di un procedimento di riesame, subordinato alla denuncia del terzo. È questa la soluzione che l'Adunanza plenaria aveva espressamente escluso, anche per un secondo ordine di ragioni: in questo modo il terzo *“avrebbe l'onere, prima di agire in giudizio, di presentare apposita istanza sollecitatoria alla P.A., così subendo una procrastinazione del momento dell'accesso alla tutela giurisdizionale e, quindi, specie con riguardo alla d.i.a. ad efficacia immediata, un'incisiva limitazione dell'effettività delle tutela giurisdizionale ... soprattutto, l'istanza sarebbe diretta ad eccitare non il potere inibitorio di natura vincolata (che si estingue decorso il termine perentorio di legge) ma il c.d. potere di autotutela evocato dall'art. 19, comma 3, della legge n. 241/1990 tramite il richiamo ai principi sottesi agli artt. 21 quinquies e nonies”* Alla luce delle perplessità che questa scelta legislativa pone, è evidente come invece l'azione impugnatoria avverso il silenzio diniego avrebbe quanto meno garantito un celere consolidamento della fattispecie. Inoltre, trattandosi di attività sostanzialmente vincolata, la legittimità del diniego, secondo la ricostruzione della fattispecie operata dal Consiglio di Stato, sarebbe derivata dalla mera verifica in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per lo svolgimento dell'attività segnalata e l'intero rapporto avrebbe potuto quindi essere oggetto di esame nel corso del giudizio. Il terzo si sarebbe comunque avvalso dell'azione di condanna, per l'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

precedentemente illustrati, riaffermare il primato della legge sulla giurisprudenza¹⁰.

Peraltro, va dato atto che la giurisprudenza successiva all'intervento del legislatore del 2011 sembra svincolarsi dagli stringenti limiti imposti dal comma 6 *ter* dell'art 19 della legge sul procedimento, ritenendo, in conformità con quanto sostenuto dall'Adunanza Plenaria, che la scia sia direttamente impugnabile.

In alcune pronunce, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha escluso che il privato che ritiene di essere pregiudicato dai lavori effettuati sulla base di una dia debba necessariamente attivare il procedimento per la formazione del silenzio-rifiuto sull'istanza volta all'introduzione di provvedimenti repressivi da parte dell'amministrazione. In tal caso, l'oggetto specifico dell'impugnazione sarebbe costituito dal silenzio (avente valore di provvedimento negativo implicito) in ordine all'esercizio di poteri inibitori sulla dichiarazione di inizio attività (Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4255).

¹⁰ La scelta di tipizzare con l'avverbio "*esclusivamente*" le vie di tutela esperibili dal terzo, con la previsione di una forma di protezione postuma rispetto alla produzione dell'evento lesivo, oltre che porsi in contrasto con la tendenza dell'ordinamento a superare il principio di tipicità delle azioni proponibili a tutela dell'interesse legittimo, arreca un '*vulnus*' al principio di effettività della tutela giurisdizionale ex artt. 24, 103 e 113 più volte invocato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria. Resta, comunque, da valutare se sia praticabile una soluzione costituzionalmente orientata che consenta, ancor prima della formazione del silenzio-rifiuto, l'adozione di misure cautelari, anche *ante causam*, onde evitare la produzione di un pregiudizio irreversibile nelle more dell'introduzione e della definizione del giudizio di merito relativo al silenzio impeditivo.

3.4. (segue) ... sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi

Accade anche che il legislatore, anziché limitarsi ad accogliere e codificare precedenti orientamenti pretori, intervenga a comporli, talvolta con risultati incerti, che danno spunto ai giudici per pronunciarsi nuovamente sul punto con orientamenti confliggenti.

E' senz'altro il caso della pregiudiziale amministrativa.

La questione ha visto originariamente contrapporsi, da un lato, il Consiglio di Stato¹¹ che, identificando l'azione di condanna in una logica "ancillare" e sussidiaria rispetto a quella di annullamento, configurava la mancata impugnazione del provvedimento lesivo come preclusione in rito della azione risarcitoria, dall'altro lato, le Sezioni Unite della Cassazione¹², che sostenevano l'autonomia di suddetta azione.

Con il codice del processo amministrativo il legislatore è intervenuto espressamente a dirimere il conflitto creatosi, adottando una soluzione di compromesso tra la tesi della pregiudizialità pura e la tesi dell'autonomia radicale dell'azione risarcitoria.

Il dato processuale della mancata impugnazione del provvedimento illegittimo perde così la sua natura di impedimento di

¹¹ Ad. plen. 22 ottobre 2007, n.12; Ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4

¹² Ordinanze SS. UU. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 rese in sede di regolamento di giurisdizione; sentenze SS. UU. 23 dicembre 2008 n. 30254; 6 settembre 2010, n. 19048; 16 dicembre 2010, n. 23595; 11 gennaio 2011, n. 405.

rito, acquisendo tuttavia una rilevanza sostanziale in relazione alla fondatezza della pretesa risarcitoria, potendo essere valutato dal giudice al fine di ridurre o escludere il risarcimento.

Tuttavia, il legislatore, mostrando di condividere i rischi insiti nella tesi della radicale autonomia della tutela risarcitoria, ha optato per un'autonomia fortemente temperata.

Ciò, in particolare, tramite la predisposizione di una sorta di “*rete di protezione*”¹³ della azione risarcitoria, che prevede due importanti temperamenti.

Il primo è costituito dalla previsione di un termine decadenziale di centoventigiorni per l'esperimento dell'azione di condanna¹⁴.

¹³ M. CLARICH – M. ROSSI SANCHINI, *Linee evolutive del processo amministrativo: il lungo cammino (non ancora concluso) dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in Amato e Garofoli, *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Roma, 2009.

¹⁴ Se è ragionevole rendere definita nel tempo l'esposizione a responsabilità della parte pubblica, non altrettanto lo è la fissazione di un termine così breve di esercizio, che nella sostanza protrae la tutela del privato di soli due mesi rispetto alla tutela impugnatoria, svilendo in modo significativo la declamata autonomia della tutela risarcitoria e reintroducendo una pregiudiziale mascherata. Ma la contraddittorietà dell'art. 30 si palesa ancor più significativamente nella previsione del quinto comma nella parte in cui sottopone l'azione di condanna al termine di centoventigiorni anche in caso di passaggio in giudicato della sentenza che ha annullato il provvedimento illegittimo. Non si spiega, infatti, la necessità di prevedere un termine di decadenza così breve anche laddove i termini del rapporto siano cristallizzati in una pronuncia con efficacia di giudicato (F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 229).

Il secondo temperamento all'autonomia dell'azione risarcitoria consiste nella previsione secondo cui il Giudice *“nel determinare il risarcimento valuta tutte le circostanze del fatto e il comportamento complessivo delle parti, e comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”* (art. 30, comma 3, c.p.a.).

La mancata impugnazione da meccanismo di preclusione processuale assume per il legislatore valenza sostanziale.

A fare il punto della situazione è intervenuta la nota pronuncia della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 23 marzo 2011.

Secondo la Plenaria la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento è ricognitiva di principi evincibili alla stregua di una interpretazione evolutiva del capoverso dell'art. 1227 c.c.

Come è noto il secondo comma della suddetta norma affronta il secondo stadio della causalità (c.d. causalità giuridica) relativo al nesso tra danno-evento e conseguenze dannose da esso derivanti, sicché non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto secondo correttezza.

Per quanto riguarda la portata ed i confini dell'impegno cooperativo che l'art. 1227 c.c. pone a carico del creditore, la

giurisprudenza vi ha ricondotto non solo obblighi di tipo negativo (di astensione cioè da comportamenti volti ad aggravare il danno), ma anche di tipo positivo (rivolti cioè a evitare o ridurre il danno).

Tutto ciò entro il limite del c.d. apprezzabile sacrificio, non potendo l'impegno richiesto al creditore estendersi all'esplicazione di attività straordinarie o gravose, ossia ad un *facere* non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*.

E dal novero dei comportamenti esigibili la giurisprudenza dominante ha sempre sottratto la proposizione di una domanda giudiziale stante il suo carattere estremamente aleatorio ed oneroso.

Secondo la Plenaria tale indirizzo merita un ripensamento, in quanto tra i comportamenti esigibili dal destinatario di un provvedimento lesivo sarebbe sussumibile anche la formulazione nel termine di decadenza della domanda di annullamento, quante volte l'utilizzazione tempestiva di siffatto rimedio sarebbe stata idonea ad evitare in tutto o in parte il pregiudizio subìto.

Ripensamento reso necessario per effetto dell'adesione alla tesi secondo cui l'obbligo di cooperazione di cui al secondo comma dell'art. 1227 ha fondamento nel canone di buona fede ex art. 1175 c.c. e quindi nel principio costituzionale di solidarietà.

Secondo questa tesi, anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua di un giudizio di causalità ipotetica, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed

avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno¹⁵.

Tuttavia, il recente arresto della Plenaria è stato ancora una volta sottoposto ad aspra critica da parte della Cassazione, la quale ha definito “*fuorviante*” l’interpretazione del Consiglio di Stato ed ha precisato che sarebbe stato evocato “*del tutto impropriamente il disposto dell’articolo 1227 c.c., onde realizzare l’effetto di una abrogazione implicita del disposto legislativo*” in commento (Cass., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255).

4. *Il versante europeo*

¹⁵ Occorre, infatti, compiere una valutazione in concreto; la domanda risarcitoria sarà sicuramente e potrà anche essere accolta, pur in mancanza della previa proposizione della domanda demolitoria, quando “*la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di una opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l’interesse all’annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione. Si consideri, a titolo esemplificativo, l’ipotesi in cui il provvedimento sia stato immediatamente eseguito producendo una modificazione di fatto irreversibile; o quella in cui i tempi tecnici del processo non consentano, ragionevolmente, di praticare, in modo efficiente, il rimedio della tutela ripristinatoria; o, ancora, le situazioni in cui, per effetto di specifica previsione di legge (cfr. art. 125, comma 3 del codice del processo), il mezzo dell’annullamento non possa soddisfare, in termini reali, l’aspirazione al conseguimento del bene della vita desiderato*” (Ad. Plen. n. 3/2011).

In questa prospettiva, sul versante europeo, è certamente interessante la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali.

L'Unione riconosce *“i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali”*, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 comma 1 Tr UE).

Ciascuno Stato, aderendo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, riconosce i *“diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”* come quelli che fanno parte *“del diritto dell'Unione europea, in quanto principi generali”* (art. 6 comma 2 Tr UE).

I diritti riconosciuti dalla Carta quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri *“sono interpretati in conformità a dette tradizioni”* (art. 52 Carta).

E le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri sono richiamate come quelle rispecchiate nei diritti sanciti dalla Carta da altre fonti comunitarie.

La Corte di Giustizia ha una ricca giurisprudenza in materia di diritti fondamentali come quelli la cui tutela può comportare deroga all'applicazione della normativa intesa a garantire l'esercizio delle libertà previste dai Trattati, nonché come diritti garantiti in quanto tali dai Trattati stessi.

Nella ricerca delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, la Corte è chiamata a un'analisi dei diversi assetti

costituzionali degli Stati, quali risultano non solo dai testi delle Costituzioni scritte ma, ovviamente, dalle giurisprudenze delle rispettive Corti, in comparazione tra loro.

Il richiamo alle tradizioni implica uno sguardo storico con riferimento all'evoluzione costituzionale dei diversi ordinamenti, i quali a loro volta si ispirano alle loro tradizioni, quali storicamente formatesi.

Si pensi al Preambolo della Costituzione francese, che espressamente richiama la Dichiarazione dei diritti del 1789, come componente essenziale della tradizione costituzionale. Di essa anche la Corte di Giustizia deve tenere conto nell'elaborazione dei diritti fondamentali riconosciuti dal Trattato.

Attraverso questo concetto, ormai fondamentale nel diritto europeo, la prospettiva storica, cioè lo sguardo ai diversi ordinamenti nel loro farsi, viene riconosciuta come elemento essenziale nell'elaborazione giurisprudenziale dei diritti.

Sulla base di questo lavoro interpretativo sono stati riconosciuti come diritti fondamentali, tra tanti altri, il diritto ad un equo processo, quale *“risulta dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”* (Corte Giust. 22.12.2010, C-279/09; 6.9.2012, C-619/10).

Il principio si traduce a sua volta nell'affermazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio che *“implica, di norma, il diritto per le parti di un processo di poter prendere posizione sui fatti e sui documenti su cui si baserà una decisione giudiziaria nonché di*

discutere le prove e le osservazioni dedotte dinanzi al giudice e i motivi di diritto rilevati d'ufficio dal giudice, sui quali egli intende basare la propria decisione” (Corte Giust. 17.11.2009, n. 197/09); nell’indipendenza e imparzialità del giudice, che *“implica che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito secondo legge*” (Corte Giust., 1.7.2008, n. 341/06); nell’obbligo di definizione in tempi ragionevoli della controversia (Corte Giust., 3.9.2009, n. 322, 327, 338/07); nella presunzione di innocenza (Corte Giust., 16.2.2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10).

L’affermazione (ripetuta nella giurisprudenza della Corte) del *“principio di tutela giurisdizionale effettiva come principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”* (Corte Giust., 22.12.2010, n. 279/09; 23.4.2009, n. 362/06; 3.9.2008, n. 402/05) ha inciso profondamente sulle discipline nazionali del processo, segnatamente nell’ambito delle controversie di diritto pubblico davanti al giudice amministrativo.

Altro principio generale del diritto comunitario del quale la Corte di Giustizia garantisce l’osservanza *“ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”* è il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite (3.5.2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02; 11.3.2008, C-420/06; 28.4.2011, C-61/11; 14.2.2012, C-17/10).

Ancora, il principio che vieta la disparità di trattamento in base all'età (Corte Giust. 19.1.2010, C-555/07); la disparità di trattamento tra uomini e donne (Corte Giust., 1.3.2011 C-236/09); il diritto al rispetto della vita privata *“sancito dall'art. 8 della CEDU e che nasce dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è riaffermato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”* che deve essere inteso nel senso di *“comprendere anche le attività professionali e commerciali delle persone”* (Corte Giust., 14.2.2008, C 450/06; 7.11.1985, V.145/83; 25.1.2007, C-411/04); il diritto al rispetto della vita familiare, da intendersi come diritto alla libera circolazione e alla convivenza con i propri familiari (Corte Giust., 11.2.2002, C-60/00; 27.6.2006, C-540/03); il diritto alla dignità umana, il quale *“rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi”* (Corte Giust., 14.10.2004, C-36/02).

La CEDU elabora invece un quadro complesso di diritti fondamentali partendo dalla Convenzione, ma estendendone l'applicazione a situazioni che via via risultano aderenti agli sviluppi della sensibilità sociale nel contesto europeo (un'operazione del tutto analoga a quella delle Corti interne).

Tra i diritti fondamentali elaborati dalla Corte, vi è il diritto alla vita privata e familiare che comprende la *“relazione legale tra un ragazzo nato fuori dal matrimonio ed il suo padre naturale”*, in

quanto l'art. 8 della Convenzione non protegge soltanto la *'famiglia'* – la quale si estende anche alle unioni formate da persone dello stesso sesso (CEDU, 24.6.2010) – *“ma anche la vita privata che include l'integrità psico-fisica della persona e che può compromettere aspetti della identità sociale e privata dell'individuo”* (CEDU 7.2.2002). Rientra nell'ambito del diritto alla vita privata anche la scelta se diventare o meno genitore (CEDU 10.4.2007), come pure il diritto a vivere in un ambiente salubre, in quanto *“gravi pregiudizi all'ambiente possono menomare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo stesso domicilio, nuocendo così alla sua vita privata e familiare”* (CEDU 9.12.1994).

Ancora, sentenze di grande interesse si rinvengono in materia di libertà di religione (CEDU 23.2.2010; 27.1.2001; 31.7.2008), politica (12.11.2003; 7.7.2011) e di difesa della proprietà (CEDU 30.10.2003; 29.3.2006).

Si tratta di un indirizzo metodologico che ha avuto fertile coltivazione nella nostra tradizione scientifica e che oggi diventa un concreto punto di riferimento, in un contesto ordinamentale incerto e caotico.

L'attività interpretativa si traduce nel guardare alla vita del diritto nella sua complessità, nella pluralità delle sue manifestazioni, quali storicamente si evolvono nell'azione concreta, nel farsi del diritto nell'applicazione costante ad opera dei giudici e delle prassi negoziali e amministrative e nel mutare di queste applicazioni con il mutare della sensibilità sociale.

E' questo il *verum* del diritto nell'essenza del pensiero del Vico, il vero non inteso nella sua immobilità, ma nel suo continuo divenire, nel suo *farsi* incessante.

Il diritto non è più unicamente ciò che lo Stato vuole che sia diritto. Il rigidissimo controllo della giuridicità da parte dello Stato è incrinato “*da un proliferare di fatti economici e sociali che corrispondono a esigenze nuove e che trovano osservanza da parte dei cittadini, prescindendo completamente dalla benedizione e appropriazione da parte del potere politico: fatti grezzi ma fatti osservati dalla comunità, e pertanto formanti già una giuridicità effettiva. E il risultato ultimo è la perdita di autorevolezza dello Stato, lo sfaldarsi del suo monopolio, il formarsi di due livelli di giuridicità, quello legale e quello della esperienza quotidiana, quello del diritto formale e quello del diritto vivente*”¹⁶.

¹⁶ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 221.

CAPITOLO II

IL METODO GIURISPRUDENZIALE

1. Il fatto e il giudizio amministrativo

E' compito dei giudici amministrativi attribuire la massima rilevanza ai fatti posti al proprio esame, sia quando si tratti di valutare se ricorra il vizio di eccesso di potere, sia quando si tratti di interpretare una norma, sostanziale o processuale.

In questo senso, una riflessione sul pensiero del Vico fornisce un valido contributo per comprendere (e, forse, anche per indirizzare) il *modus operandi* dei giudici amministrativi.

1.1. *L'analisi del fatto naturale*

Per quanto riguarda l'analisi del '*fatto naturale*', cioè la fattispecie concreta, si deve fare riferimento all'articolata giurisprudenza amministrativa sull'eccesso di potere: il giudice può rilevare se ricorrono, nel caso concreto, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere ovvero se l'amministrazione abbia valutato tutte le circostanze in maniera corretta, se l'istruttoria sia stata completa, se la motivazione sia stata adeguata.

Per rimarcare l'importanza della stesura dei fatti nella redazione di un ricorso amministrativo, più volte il prof. Abbamonte ha affermato che "*un grammo di fatto sposta una tonnellata di diritto*"¹⁷: un apparente dettaglio può infatti costituire elemento decisivo per ritenere sussistente il vizio di eccesso di potere.

L'importanza dei '*dettagli*' si evince anche dalla giurisprudenza amministrativa che fa applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Basti pensare alle sentenze che hanno annullato atti di destituzione di appartenenti alle forze dell'ordine, i quali avevano commesso reati non particolarmente gravi (ad esempio il tentativo di

¹⁷ G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, Testo della Relazione al Convegno organizzato dalla Società Italiana degli avvocati amministrativisti, Sezione della Sicilia orientale su *La legge n. 205 del 2000 e l'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, Aula congressi del TAR Catania, 18 maggio 2002.

furto di un bene di modico valore in un supermercato¹⁸) ovvero che avevano posto in essere condotte non costituenti reato, ma che ad avviso delle amministrazioni costituivano elemento tale da condurre ad un giudizio di indegnità della conservazione dello status di dipendente o di militare (ad esempio l'aver dichiarato di non conoscere il coniuge che aveva appena commesso un tentativo di furto in un supermercato¹⁹ oppure l'aver puntato contro se stesso un'arma, facendo esplodere un colpo conficcandosi in un soffitto²⁰).

Rispetto alla commissione di reati che senz'altro giustificano la destituzione dalla carica (si pensi ai casi di corruzione o concussione) ve ne sono altri che possono dare luogo a valutazioni più rigide in sede amministrativa, ma attenuate in sede di giustizia amministrativa, mediante l'esame dell'eccesso di potere.

È il caso anche dell'individuazione dei reati di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) del Codice degli appalti (assenza di reati gravi che incidono sulla moralità professionale).

Sotto questo profilo, infatti, emerge nella giurisprudenza amministrativa una grande attenzione al fatto, all'esame della fattispecie concreta sottoposta al suo esame, in quanto *“il meccanismo di esclusione scaturente dalla prima parte della lettera c) dell'art. 38 non può dirsi automatico ... fa carico, piuttosto, alla stazione appaltante di valutare la condotta dell'offerente, tenendo conto di*

¹⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2009, n. 6353.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2011, n. 25.

²⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 9 giugno 2008, n. 2806.

molteplici aspetti quali quelli soggettivi, temporali, relazionali per verificare la sua professionalità per come nel tempo si è manifestata. E' evidente, quindi, che tali profili sono da valutare, da parte della P.A., caso per caso, dovendo dare specifico conto delle risultanze nella motivazione dell'eventuale provvedimento di esclusione (cfr. Cons. Stato, VI, n. 2964 del 13 maggio 2009)"; "in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della P.A. e deve essere valutata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato" (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2010, n. 4874)²¹.

L'Amministrazione non può infatti limitarsi a valutare “*meri riferimenti categoriali*”, ma deve “*prendere in considerazione ulteriori parametri, legati a fatti (il decorso del tempo, il legame con l'oggetto dell'appalto, il numero delle condanne, ecc.) più direttamente riconducibili al possibile futuro rapporto negoziale*”

²¹ cfr., nello stesso senso, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507; TAR Toscana, Sez. I, 7 marzo 2013, 362; Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2012, n. 2607; Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6694; Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773; Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1736; Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; TAR Lazio – Roma, Sez. IIIquater, 12 dicembre 2011, n. 9688; TAR Veneto, Sez. I, 21 marzo 2011, n. 458.

intrattenuto con l'offerente" (Cons. Stato, Sez. V, 21 dicembre 2010, n. 9324)²².

Certamente tali valutazioni, rimesse in ultima analisi al vaglio del collegio giudicante, sono opinabili e l'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità fa sì che l'esito finale del giudizio dipenda anche dalla personalità dei componenti dei singoli collegi.

È quindi inevitabile che le sentenze, nella valutazione dei fatti, siano condizionate non solo dalla maggiore o minore indulgenza dei singoli componenti del collegio giudicante ma anche dalla deprecabilità della condotta posta in essere ovvero dai motivi che hanno spinto l'autore di quella condotta a porla in essere.

Per questa ragione, lo studio del diritto amministrativo non può fermarsi all'esame delle massime delle sentenze ma – quando queste ultime contengano una valutazione relativa al vizio di eccesso di potere – impone la verifica puntuale dei fatti che hanno condotto a quella soluzione giudiziale.

1.2. L'analisi del fatto normativo

²² cfr., nello stesso senso, TAR Lombardia - Milano, Sez. I, 20 aprile 2012, n. 1179; TAR Emilia Romagna – Parma, Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 85.

Per quanto riguarda l'analisi del *'fatto normativo'*, i giudici amministrativi interpretano le disposizioni tenendo conto dell'impatto applicativo sui fatti accaduti in concreto.

Anche sotto questo profilo, il fatto sottoposto all'esame del giudice è decisivo per comprendere le ragioni che hanno condotto il collegio ad interpretare la disposizioni in un certo modo.

I criteri vichiani della *utilitas* e della *necessitas* sono principi applicabili alla valutazione di atti discrezionali e vincolati.

L'atto discrezionale va motivato manifestando che vi è stata l'esatta ricostruzione dei fatti ma anche evidenziando le ragioni che portano a ravvisare la maggiore *utilitas* di una soluzione rispetto ad un'altra.

L'atto vincolato, invece, costituendo diretta applicazione della norma di legge senza che l'amministrazione possa effettuare una scelta tra più soluzioni possibili, consiste nella sola descrizione del fatto poiché una sola è la soluzione conforme alla legge, vi è la *necessitas* dell'atto e basta che la motivazione evidenzi l'accertamento del fatto (si pensi all'ordine di demolizione di un manufatto abusivo).

1.2.1. *Applicazioni concrete dei criteri di utilitas e necessitas*

I giudici fanno sempre applicazione di questi criteri quando elaborano istituti di natura sostanziale o processuale.

La giurisprudenza amministrativa è stata decisiva per dare effettività alla tutela cautelare del ricorrente che ha ragione, quando la durata del processo andrebbe ad incidere negativamente sulla sua posizione giuridica soggettiva.

Nel giudizio penale o civile il fatto oggetto del giudizio è, quasi sempre, integralmente verificatosi, nel senso di esauritosi.

Ciò che è oggetto del giudizio amministrativo è invece un'attività che è in divenire.

Per questo la peculiarità del fatto incide in misura più rilevante sull'interpretazione.

Questo è vero anche in materia civile e penale, ma nel giudizio amministrativo in misura maggiore.

Ciò emerge chiaramente nel giudizio di ottemperanza e nel concetto di giudicato a formazione progressiva.

1.2.1.1. Il giudizio di ottemperanza

In tema di giudizio di ottemperanza, i giudici amministrativi hanno elaborato una serie di principi, che hanno poi trovato positivizzazione nel codice del processo amministrativo: si pensi alla regola per cui l'amministrazione può adire il giudice dell'ottemperanza per avere chiarimenti su come dare esecuzione al giudicato, in modo da evitare l'emissione di un ulteriore atto illegittimo, ovvero al

principio per cui l'amministrazione è tenuta all'esecuzione del giudicato anche con la previsione delle *astraites*.

A differenza del processo penale o civile, il giudizio amministrativo non incide su fatti passati ma (anche) sul futuro.

Mentre per le liti (rimesse alla giurisdizione esclusiva) nelle quali si controverte in materia di diritti soggettivi, il giudicato amministrativo si connota in maniera analoga a quella del giudicato civile, il giudicato su controversie aventi ad oggetto interessi legittimi fa registrare un distacco significativo tra i sistemi processuali.

La sussistenza di effetti *pro futuro*, che si aggiungono o meno alla rimozione dell'atto, trova conferma nell'esistenza stessa del rimedio dell'ottemperanza: viene in rilievo la capacità di questo giudizio di non limitarsi a guardare al passato determinando effetti demolitori o ripristinatori, ma di volgersi anche al futuro, attraverso effetti conformativi in grado di modulare la successiva attività dell'amministrazione.

Il giudicato amministrativo si inserisce all'interno di una vicenda in divenire, che viene illuminata dalla pronuncia del giudice amministrativo.

È la successiva attività di riedizione del potere da parte dell'amministrazione a segnare la differenza tra giudicato ordinario (penale o civile) e amministrativo.

Nel giudizio che investe posizioni di interesse legittimo, il giudicato amministrativo, a differenza del giudicato civile, non

costituisce la diretta disciplina del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, in applicazione del precetto normativo.

La cosa giudicata amministrativa non si sostanzia nella mera declaratoria di annullamento dell'atto conseguente all'accertata illegittimità, nel comando impartito all'amministrazione o nell'accertamento della nullità dell'atto e non determina, *ex se*, la regolamentazione esaustiva della fattispecie amministrativa.

Per realizzare il comando, infatti, il giudicato richiede spesso un'ulteriore attività amministrativa.

È proprio in questa proiezione verso il futuro²³, che tra l'altro si ripropone anche nel giudizio sul silenzio ove il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, che risiede il connotato peculiare del giudicato amministrativo, che può essere compreso pienamente solo nella sua formazione progressiva legato da una parte all'azione amministrativa dall'altra al giudizio di ottemperanza.

Ed i giudici amministrativi descrivono il giudizio di ottemperanza come “*prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa*” (Cons. Stato n. 4563/2008). Nell'ambito del giudizio di ottemperanza, quindi, il giudice amministrativo deve esercitare sia poteri sostitutivi che poteri

²³ Mentre il *dictum* del giudice civile, in quanto investe il rapporto, delineandone diritti ed obblighi, si pone in una prospettiva che guarda, di regola, solo al passato.

ordinatori e cassatori e deve, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera "esecuzione", ma "attuazione", dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva perché questo è in definitiva richiesto ai fini dell'effettività dell'art. 24 Cost..

Anche la Corte cost. (n. 406/1998) ha riconosciuto che, nelle materie attribuite alla giurisdizione amministrativa, il giudice dell'ottemperanza può intervenire, *“anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'Amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile”*.

In questo consiste la fondamentale differenza tra il giudizio di ottemperanza ed il giudizio di esecuzione civile.

1.2.1.2. *L'ultima frontiera della tutela demolitoria: l'annullamento con effetti ex nunc*

Proprio la connessione che vi è tra fatti futuri e sentenze del giudice amministrativo ha indotto il Consiglio di Stato ad abbattere il tradizionale dogma della necessaria caducazione del provvedimento illegittimo con efficacia *ex tunc* ed a riconoscere l'ammissibilità di una pronuncia con effetti solo *ex nunc*.

In altri termini, si ammette l'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo a fini meramente conformativi.

E' noto invece che uno dei caratteri tradizionali dell'annullamento del provvedimento amministrativo consisteva proprio nella caducazione del provvedimento con efficacia *ex tunc*, con conseguente travolgimento di tutti gli effetti prodotti da quell'atto *medio tempore*.

Questa impostazione, pacifica e consolidata in giurisprudenza, è stata superata dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 che, in esecuzione dei principi di giustizia sostanziale, di effettività e proporzionalità della tutela giudiziaria di origine comunitaria, ha sfatato il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo.

Il Consiglio di Stato ha affermato che l'annullamento *ex tunc* del provvedimento impugnato rinviene le sue radici non tanto in una disposizione di legge, ma in una prassi suscettibile di deroga ogni volta in cui l'annullamento retroattivo dell'atto costituisca una misura eccessiva delle istanze di tutela del ricorrente e, quindi, non soddisfattiva delle sue ragioni ma addirittura lesiva.

E' quanto accade, ad avviso del Consiglio di Stato, nelle ipotesi in cui il ricorrente impugna l'atto al fine di giovare dell'effetto conformativo del giudicato pro futuro, ove lamenti l'insufficienza di determinate misure adottate con il provvedimento.

Nella specie, una associazione ambientalista aveva impugnato un piano faunistico, rappresentando il fatto che il piano avrebbe

dovuto contenere determinate prescrizioni ed essere soggetto a specifici incombeni procedurali (il previo svolgimento della valutazione ambientale strategica).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che la censura fosse fondata: il piano faunistico venatorio in questione avrebbe dovuto essere preceduto dalla VAS, invece omessa.

In questi casi, osserva il Collegio, *“non è utilizzabile la regola secondo cui l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti 'ora per allora' ... Quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488) o con la loro decorrenza ex nunc ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi”*²⁴.

Il giudice deve quindi conservare gli effetti di quell'atto sebbene illegittimo e ordinare al tempo stesso all'amministrazione di

²⁴ Cons. Stato, VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

sostituire quell'atto con un ulteriore provvedimento, dopo avere acquisito l'atto intermedio mancante.

In realtà, osserva il Consiglio di Stato, la legislazione non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento.

Un implicito riconoscimento alla possibilità di caducare gli atti amministrativi solo per il futuro è rinvenibile nell'art. 21 nonies della l. n. 241/1990 che, nel richiamare il legittimo affidamento del destinatario del provvedimento quale limite al suo annullamento d'ufficio, consente di lasciare intatti gli effetti già prodotti da un provvedimento illegittimo.

La tesi si fonda sul principio di effettività della tutela giurisdizionale (affermato dall'art. 24 Cost. e riconosciuto dal Codice del processo amministrativo), sulla base del quale si deve ritenere che *“la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale”* e quindi sarebbe assurdo che il Giudice amministrativo, accogliendo la domanda, emettesse statuizioni *“che vanifichino l'effettività della tutela o, addirittura, che si pongano in palese contrasto con le finalità poste a base dell'iniziativa processuale”*.

“Il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in

particolare con quello dell'effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regola iuris in concreto enunciata) ... Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli artt. 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale", con la conseguenza che "il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale" (Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755).

Il giudice amministrativo assurge a *dominus* degli effetti delle proprie pronunce, chiamato al non agevole compito di calibrare la misura della tutela, necessaria e sufficiente, al fine di placare l'ansia di protezione del ricorso in seno a un giudizio comparativo attento ad evitare gratuite lesioni dell'interesse pubblico, della sfera dei controinteressati e del ricorrente stesso.

2. Corti sovranazionali, diritto europeo e gerarchia delle fonti

E' indubbio che un ordinamento possa presentare delle lacune e produrre una ipertrofia delle leggi in alcuni settori.

Le contingenze politiche e sociali spesso conducono al proliferare di disposizioni in contrasto fra loro.

Nel sistema attuale le leggi e i codici non si pongono più al vertice della gerarchia delle fonti.

Vi è ora un sistema giuridico multilivello, derivante dall'osmosi tra diritto europeo e nazionale, in cui ai vertici vi sono principi enunciati o ricavabili da regole giuridiche.

I principi costituzionali e quelli consolidatisi nell'ordinamento europeo per la tutela dei diritti fondamentali comportano la necessità che le Corti nazionali ed anche la Corte costituzionale adeguino la loro giurisprudenza agli orientamenti della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo, attribuendo alle disposizioni sovranazionali il significato desumibile dalla giurisprudenza di tali due Corti.

La Corte Costituzionale ha recepito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui limiti che incontra il legislatore nazionale nell'emanare leggi-provvedimento o *contra personam*.

Ciò ha reso necessario anche valutare il diverso rango da attribuire ai due grandi serbatoi del diritto europeo: le disposizioni della Unione Europea e quelle della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Mentre le disposizioni dell'Unione Europea si applicano con prevalenza rispetto alle contrastanti leggi nazionali (prevalenza che può essere ravvisata da qualsiasi amministrazione e da qualsiasi giudice senza che sia sollevata una questione di legittimità

costituzionale), ben diverso è il ruolo da ascrivere alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo.

Secondo una prima impostazione, sostenuta dalla Corte Costituzionale con le sentenze 347 e 348 del 2007, alla CEDU deve essere riconosciuta natura di norma costituzionale derivata.

In particolare, la Corte esclude che la CEDU rientri nell'ambito operativo dell'art. 10 Cost.

Infatti, l'inciso secondo cui "*l'ordinamento si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*" si riferisce esclusivamente alle norme consuetudinarie, mentre le norme CEDU, ancorché generali, sono norme pattizie.

La stessa Corte ha, dall'altra parte, escluso che i rapporti tra CEDU e diritto interno rientrino nell'ambito operativo dell'art. 11 Cost., atteso che l'Italia, aderendo alla CEDU, non ha accettato alcuna limitazione di sovranità.

Si tratta di un passaggio fondamentale nel tentativo di chiarire, da un lato, i rapporti tra diritto interno e CEDU e, dall'altro, il compito del giudice che ravvisi una eventuale violazione di una previsione CEDU.

Invero, la non ritenuta operatività dell'art. 11 Cost. esclude, diversamente da quanto ormai ammesso dalla Corte Costituzionale nel caso di contrasto tra diritto interno e diritto comunitario, che il giudice possa non applicare la norma interna contrastante con la norma CEDU.

Secondo la Corte Costituzionale, dunque, alla CEDU deve essere riconosciuta natura di norma costituzionale derivata in quanto attratta espressamente nella sfera operativa dell'art. 117, comma 1, Cost.

Di talché, gli eventuali contrasti tra diritto interno e CEDU non generano problemi di collocazione gerarchica delle norme della Convenzione, ma questione di legittimità costituzionale.

La indicata collocazione delle previsioni CEDU fa sì che il giudice, ancor prima di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna in contrasto con la CEDU per il tramite dell'art. 117 Cost., è tenuto a valutare se non sia consentita una interpretazione della disposizione interna coerente con il principio CEDU.

Diversa è la posizione recentemente sostenuta dal Consiglio di Stato che, viceversa, ha ritenuto che i rapporti tra ordinamento interno e CEDU debbano essere ripensati a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il primo dicembre 2009.

Secondo questa ricostruzione, tra le più importanti novità derivanti dal Trattato, vi sarebbe l'art. 6 il quale, abbandonando il riferimento solo mediato alla CEDU contenuto nella vecchia formulazione, ne dispone la “*comunitarizzazione*”.

La Corte costituzionale (sentenza n. 80/2011), tuttavia, ha sottolineato come, a ben vedere, l'art. 6 si limiti a risolvere l'annosa

questione circa l'adesione dell'Unione alla CEDU, prevedendone ora la possibilità²⁵.

Nessun argomento in vista della diretta applicabilità della CEDU potrebbe essere tratto dall'art. 6, per l'assorbente motivo che tale adesione ancora non c'è stata.

Questa previsione al momento, dunque, è improduttiva di effetti.

In ogni caso deve sottolinearsi come le norme della CEDU continuano a venire in rilievo quale fondamentale canone interpretativo del diritto interno.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale è unanime nel richiedere al giudice a quo, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale di una norma interna per contrasto con la CEDU, di esperire il tentativo di una interpretazione convenzionalmente orientata.

In ogni caso, sarebbe auspicabile una interpretazione costituzionalmente orientata che consentisse di superare la regola della necessità del previo giudizio di costituzionalità: l'applicazione di questa regola comporta infatti una disparità di trattamento tra i cittadini dell'Italia e di altri Stati dell'Unione come ad esempio la Francia, in cui il giudice applica le disposizioni CEDU con prevalenza rispetto alle norme nazionali contrastanti. Una tutela differita, subordinata alla previa valutazione di incostituzionalità da parte della

²⁵ Sul punto anche A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it

Corte Costituzionale, fa sì che l'amministrazione sia abilitata a ledere i diritti fondamentali in attesa che la Corte dichiari illegittima e quindi rimuova la legge lesiva.

E' inevitabile il politeismo ed anche il conflitto dei valori.

Le disposizioni che tutelano l'ambiente possono rendere più difficilmente applicabili le disposizioni che mirano all'aumento dell'attività produttiva e dell'occupazione, le disposizioni che tengono conto delle risorse economiche disponibili possono tardare o ridurre la tutela del diritto alla salute.

Quando si pongono tali conflitti di valore, emerge la fondamentale importanza dei Giudici delle Corti Supreme, che sindacano tale scelta: la Corte Costituzionale per le leggi, il Consiglio di Stato per i regolamenti.

Ogni giudice porta il proprio bagaglio personale, la propria scala di valori e contribuisce alla costruzione di questo complesso sistema normativo multilivello.

Il principio di effettività della tutela, di cui agli artt. 6 e 13 della CEDU, adesso esplicitato nell'art. 1 del codice del processo amministrativo, consente espressamente ai giudici amministrativi di affermare ulteriori nuove regole, per trovare la soluzione più giusta nel caso concreto.

I valori sono oggi posti a base delle regole giuridiche di rango più elevato, rispetto alle quali devono recedere le disposizioni aventi rango inferiore.

Si pone l'esigenza di valutare i fatti affinché si comprenda la storia della società, delle disposizioni giuridiche e della giustizia amministrativa, che percorre una strada volta a dare giustizia a chi sia lesa dalle scelte della pubblica autorità.

CAPITOLO III

GLOBALITA' E METODO GIURIDICO

1. La filosofia vichiana

La giurisprudenza nasce sempre dal fatto, dalla fattispecie concreta posta all'esame dei giudici.

La stretta connessione tra profili fattuali ed elementi giuridici è centrale nel pensiero di Giambattista Vico, per il quale il diritto si basa essenzialmente sul fatto ed il fatto è già diritto. Egli ritiene che le consuetudini, fondate sui fatti, siano l'elemento principale dell'esperienza giuridica ben più delle leggi e concentra la sua ricerca filosofica nel diritto naturale delle genti che si sviluppa attraverso i

*'mores' ("Et mores et leges sunt iuris naturae interpretationes: sed mores sunt interpretatio firmior, nam factis ipsis probantur et diuturnitate temporis abeunt in naturam; leges sunt interpretatio quandoque melior, at sempre infirmior, utpote quae a mutabili voluntate dictae"*²⁶).

Per Vico la giurisprudenza primeggia sulla legislazione e la storia deve essere indagata nel suo processo di formazione, nelle logiche che ne governano il moto, nel divenire dei fatti²⁷.

Il diritto naturale dei giusnaturalisti è un diritto dedotto dalla ragione, che essi credono eterno e immutabile, estraneo alla storia, all'infuori di essa; mentre il diritto naturale vichiano è universale, ma si realizza nella storia e si esplica nei *"costumi delle nazioni"* che si sviluppano, si modificano, si evolvono. È *"un diritto eterno che corre in tempo"*²⁸.

La razionalità si attua per il Vico nella storia stessa: vi è un totale superamento delle posizioni giusnaturalistiche del tempo, il cui vizio fondamentale era l'astrattismo.

²⁶ G.B. VICO, *De uno universi iuris principio et fine uno*, Napoli, 1720, ora in Id., *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Firenze, 1974, p.174. *"Le leggi e le costumanze sono le une e le altre espressioni del diritto, ma le costumanze ne sono interpretazione più ferma e più salda, perché desse coi fatti si dimostrano, e l'andar del tempo in abito naturale le converte. Le leggi sono interpretazione talvolta migliore, sempre però più debole, per essere dettate da un mutabil volere"*, nella traduzione pubblicata da Carlo Sarchi nel 1866.

²⁷ Sulla essenza della filosofia vichiana vd. G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto, Vol. II: L'età moderna*, Il Mulino, p. 265 e ss. e G. FASSO', *Vico e Grozio*, Napoli, 1971.

²⁸ G.B. VICO, *Scienza nuova seconda*, ed. Nicolini, capoverso 49.

La ragione si realizza nella storia e si esplica, si realizza con essa.

La giurisprudenza guarda alla verità dei fatti e procede secondo ragione, si fonda sulla perizia e sull'intelligenza di chi la applica²⁹.

Il diritto non proviene dall'alto, ma nasce dal basso, dall'uomo e dalle sue azioni, dai fatti.

Il diritto è la storia dei fatti nel loro divenire.

2. *L'intuizione vichiana nel pensiero filosofico del primo Novecento*

Successivamente al pensiero vichiano, la scienza giuridica si è allontanata dal realismo giuridico.

Nel XIX secolo *l'Ecole de l'Exégèse* ha riconosciuto il primato della legge, relegando in secondo piano il ruolo della giurisprudenza e la rilevanza del fatto.

Il pensiero filosofico esegetico si fonda sull'assunto per cui il codice è completo ed esauriente; è diritto solo quello del legislatore, il codice, positivizzatosi nel complesso delle sue disposizioni.

Ben sintetizza lo spirito di questa dottrina la famigerata espressione utilizzata dal giurista Jean-Joseph Bugnet durante una delle sue lezioni (1794-1866): «*io non conosco il diritto civile, io*

²⁹ Ivi, 940, 941, 942.

insegno il Codice Napoleone»³⁰, oppure la premessa di Jean-Charles-Florent Demolombe (1804-1887): «Il giudice non può legalmente pretendere che la legge non gli dia i mezzi per risolvere la causa che gli viene sottoposta»³¹.

Si tratta dell'assoluta adesione all'indiscutibile schema ordinamentale elaborato da Montesquieu: il giudice è 'bocca della legge'.

Dunque il codice – secondo questa corrente – è espressione della volontà del legislatore fissata in un preciso momento, in un dato testo legislativo omnicomprensivo della materia trattata.

Il metodo di questi giuristi esclude ogni riferimento a un diritto – naturale, consuetudinario, giurisprudenziale, dottrinale – che non sia quello posto dallo Stato, ed assume come esclusivo canone di interpretazione della legge la ricerca dell'intenzione, ossia della volontà del legislatore.

E' una concezione del diritto statica, legata all'autorità della legge intesa come dato oggettivo: all'esigenza della certezza del

³⁰ Per tale notizia vd. J. BONNECASE, *L'école de l'exegèse en droit civil*, Parigi, 1924, pp. 29-30.

³¹ in J. BONNECASE, *cit.*, p.168. Ancora, ben spiega la filosofia della scuola esegetica la seguente espressione attribuita a Demolombe: "il mio motto, la mia professione di fede è: i testi prima di tutto! Io pubblico un Corso di Codice Napoleone; ho dunque per scopo d'interpretare, di spiegare il Codice Napoleone stesso, considerato come legge vivente, come legge applicabile e obbligatoria, e la mia preferenza per il metodo dogmatico non mi impedirà di prendere sempre per base gli articoli stessi della legge" (J. BONNECASE, *cit.*, p. 129). Vd. anche N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 95 ss.

diritto viene sacrificata quella dell'adeguamento di esso all'evoluzione della società³².

La scuola storica ha poi nuovamente rilevato l'importanza del fatto, delle consuetudini basate sui fatti per la formazione del diritto. La consuetudine può infatti apportare completamenti e precisazioni all'attività legislativa, nella convinzione che le teorie e le istituzioni sociali non siano fissate per sempre, essendo prodotti della coscienza di un preciso momento storico. Per questa scuola di pensiero il diritto è creazione spontanea del popolo e, come aveva già osservato il Vico, con l'evolversi del popolo si evolve anche il diritto, che vive con la consuetudine, *“per il diritto non vi è un attimo di sosta assoluta”*³³.

Nel corso del Novecento sono poi stati ripresi molti insegnamenti vichiani.

L'attenzione al fatto e all'esperienza giuridica ha condotto i giuristi ad allargare l'ambito del diritto. Non più solo le norme ma le istituzioni che possono sussistere indipendentemente dalle norme e prima di esse. Più in generale l'esperienza giuridica, che ricomprende le norme, le istituzioni ed anche la scienza giuridica, diviene parte integrante del diritto.

³² G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto, Volume III: Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, pp. 26-29.

³³ C. SAVIGNY, *Vom beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p. 77.

Nel denso saggio di teoria generale del diritto *L'ordinamento giuridico*³⁴ di Santi Romano trova adeguata veste dottrinale la consapevolezza nuova del nuovo giurista: *“il diritto esprime la società prima che lo Stato. Se, durante la modernità, si è ridotto il diritto statalizzandolo, è giunta l'ora di un suo recupero all'ampio ventre materno della società. Contro il costringente monismo giuridico dell'età dei Codici occorre recuperare quel pluralismo giuridico che è in grado di permettere l'armonico divenire congiunto di società e diritto”*³⁵.

In particolare, la concezione del diritto di Giuseppe Capograssi è fortemente ispirata al pensiero vichiano.

Secondo Capograssi, fondatore intorno al 1930 di un pensiero filosofico interamente incentrato sulla dottrina dell'esperienza giuridica³⁶, *“la legge non è più un puro dover essere, una mera norma, o peggio una volizione generale, una volizione di classi di azioni: questo concetto è risultato privo di significato e di valore, sterile e inadeguato a cogliere l'essenza del diritto, ma la legge è tale in quanto si inserisce in quella realtà da cui nasce e a cui tende, si rifonde con la realtà che è sua e ridiventa un momento di quel processo da cui è nata e che esprime ... dunque il diritto essendo un*

³⁴ Stampato originariamente a Pisa nel 1918, ha avuto una seconda edizione a Firenze nel 1946, preziosa perché curata dallo stesso autore che risponde alle critiche mosse negli anni precedenti.

³⁵ Sono queste le parole di commento all'opera Santi Romano di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 223.

³⁶ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932.

*mondo dell'esperienza, una forma di vita dell'esperienza, non si cristallizza in nessuna delle formazioni del mondo concreto, ma accompagna tutte le formazioni: non è solo nella formazione concreta che è lo Stato, ma in tutte le formazioni, poiché appunto esso è ormai una posizione della vita che si realizza in tutte le situazioni del concreto ... di qui la inclusione nel mondo giuridico di tutte le realtà nelle quali un ordinamento giuridico si realizza*³⁷.

Con riferimento alla nozione capograssiana di esperienza giuridica, Paolo Grossi ha precisato come si tratti di *“vivere il diritto nella storia, di percepirlo, concettualizzarlo, applicarlo in connessione a una determinata visione del mondo sociale e a determinati presupposti culturali”* e come *“lo schema ordinante dell'esperienza giuridica è un modo per segnare confini legittimi di un divenire affollato e confuso, per insistere anche su quella dimensione sincronica della storia che è l'unica che interessa il giurista. L'esperienza giuridica non è mai, infatti, consegnata al quotidiano, ma ai tempi lunghi; proprio perché legata al costume, alla mentalità, ai valori”*³⁸.

Anche Riccardo Orestano ha tratto ispirazione dal Vico per formulare concetti essenziali per la teoria delle fonti del diritto quale il

³⁷ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962 (edizione riveduta a cura di P. Piovani), pp. 9 e 10.

³⁸ P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata 'Introduzione allo studio del divenire romano' di Riccardo Orestano)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, Milano, 1988, p. 343 ss.

concetto di *'fatti di normazione'*, essenziale per l'evoluzione della teoria delle fonti del diritto.

I *'fatti di normazione'* si distinguono in *'fatti normativi'* e *'fatti di produzione normativa'*.

Sono normativi quei fatti che, al di là di una previa regolarizzazione, valgono di per sé ad instaurare e modificare un ordinamento giuridico *"ponendosi essi medesimi come determinanti della propria legittimità ed efficacia"*³⁹. I fenomeni concreti sono già muniti di giuridicità anche se emergono ben prima delle norme.

Per Orestano, il diritto è ciò che da una data società, in un dato luogo geografico, e in un dato momento storico, si ritiene essere diritto.

È evidente l'influenza della lezione vichiana anche nel suo pensiero, così come in quello di Capograssi: la storia esaminata nel suo processo di formazione, nelle logiche che ne governano il movimento, nel *'farsi del fatto'*, nel suo continuo divenire⁴⁰.

Anche qui Paolo Grossi non manca di osservare come *"Il giurista Orestano, forte di una attrezzatura teorica che è quella del giurista provveduto, parla ai giuristi con il tesoro sì della sua incomparabile competenza di romanista e di storico del diritto ma immergendo sempre il proprio discorso in quel continuum ideale fra*

³⁹ R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 28, 29.

⁴⁰ F. DE SANCTIS, *Storia della letteratura italiana*, II vol, ed. Roma, 1987, II, cap. XIX, p. 287 ss.

*presente e passato che non ha cesure spirituali, che non ricaccia la storia in soffitta e non risecchisce il vigente come realtà sradicata*⁴¹.

Nel diritto amministrativo, l'attenzione al fatto, alla realtà concreta, ha comportato una grande apertura nella scienza giuridica successiva al Vico anche nei contributi di Giannini e di Nigro (si pensi ai contributi di Giannini sui partiti politici e sui sindacati come pubblici poteri⁴²).

Talvolta il metodo realistico ha mostrato anche dei limiti, finendo per adottare un approccio descrittivo e allontanandosi troppo dall'aspetto prescrittivo della norma giuridica.

Si pensi al realismo giuridico statunitense, che offre una teoria non già formalistica ma fattualistica della validità del diritto: è valida la norma sorretta dalla pressione psicosociologica dell'intero ordinamento giuridico. In altri termini, il diritto è valido in quanto le sue norme sono effettivamente applicate, sia perché i cittadini le rispettano sia perché i giudici hanno il potere di farle rispettare.

Il diritto si riduce al comportamento dei giudici, il diritto non è se non ciò che i giudici faranno alle controversie⁴³. Tuttavia, questa dottrina non fornisce giustificazione della validità della regola ma solo una spiegazione della sua obbedienza.

Cassese ha affermato come la giurisprudenza rientri tra le scienze sociali e come il giurista debba occuparsi dei fenomeni che

⁴¹ P. GROSSI, *Storia*, cit., p. 541.

⁴² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere, Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 16 ss.

⁴³ K. N. LLEWELLYN, *The bramble bush*, New York 1951, p. 12.

emergono nei fatti della società e che solo progressivamente vengono assoggettati a norme.

Il giurista può utilizzare strumenti propri della scienza economica, politica e della sociologia, ma deve sempre sapere combinare la *'descrizione'* alla *'prescrizione'*, essendo quest'ultima essenziale alla scienza giuridica che altrimenti perderebbe la sua specificità⁴⁴.

3. Il sistema globale

Nel sistema attuale, in varie discipline giuridiche è ancora forte l'influenza di un approccio che spesso privilegia l'astrazione concettuale ed una terminologia giuridica non facilmente accessibile quindi escludente.

Talvolta l'apertura all'analisi economica del diritto, alla sociologia e alla scienza politica è rara. Persiste il formalismo e l'indirizzo basato sull'interpretazione dettagliata delle norme, fattori che limitano gli orizzonti del giurista.

Ma non mancano esempi di un eccessivo ossequio del giurista al fatto.

Si pensi agli studi giuridici sull'età contemporanea che sottolineano la supremazia dei grandi poteri economici.

⁴⁴ S. CASSESE, *La giurisprudenza come scienza sociale*, note non pubblicate, 2012.

In particolare, nel sistema globale, emerge come i poteri economici privati non si lascino controbilanciare da misure di regolazione dei poteri pubblici, come il diritto non sarebbe in grado di modificare questo dato di fatto.

Secondo Habermas, il diritto è disincantato, incapace di porre rimedi idonei a riequilibrare una realtà effettiva basata sui rapporti di forza, in un sistema governato da *'potere'* e *'denaro'*, che costringono gli uomini a seguire una determinata logica di azione⁴⁵.

Il diritto perde così ogni parvenza di prescrittività di fronte alla complessità sociale: ciò che conta non sono i rapporti giuridici ma le forze economico-produttive.

Entrano in crisi la legalità e la democrazia di fronte ad un diritto screditato dalle storture della realtà.

Eppure, il sistema giuridico globale deve andare oltre questa impostazione: il fatto non può essere sempre preso per buono nella sua immobilità.

Secondo l'insegnamento vichiano il diritto è fatto, ma il fatto conosce una sua evoluzione dinamica.

I fatti sono in movimento e *“l'importante non è di osservare il fatto, ma di esaminare come il fatto si fa. Il vero non è nella sua immobilità, ma nel suo divenire, nel suo farsi”*⁴⁶.

⁴⁵ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996, p. 55 ss.

⁴⁶ Così, F. DE SANCTIS, *La letteratura italiana, [1870-1871]*, Roma, 1988, Vol. II, p. 288.

Se il fatto è già diritto, il movimento del fatto è movimento del diritto.

3.1. *I poteri economici forti*

Lo sviluppo e l'intensificazione della velocità degli scambi e di mercati finanziari su scala mondiale hanno contribuito in misura determinante a creare sistemi regolatori dove gli Stati non figurano più come soggetti sovrani unitari e si delineano vere e proprie pubbliche amministrazioni globali⁴⁷.

Il diritto dell'età globale non può non tenere conto della forza dei poteri economici: ciò nonostante, questa realtà di fatto è dinamica, si trasforma e deve essere sottoposta ad una nuova regolazione che opponga la ragione alla forza.

Il giurista non può arrendersi alla forza che sta nel fatto. Deve far emergere una prescrittività che conduca alla forza della ragione.

⁴⁷ *“L'ondata di globalizzazione ha riaperto le discussioni sulla crescente interdipendenza economica e, quindi, sulla possibilità per le società nazionali di mantenere i tratti specifici delle loro organizzazioni sociali, politiche, culturali ed economiche. Le conoscenze disponibili sembrano suggerire che le imprese adottino tecnologie simili, che gli stili di vita si stiano omologando in tutto il mondo industrializzato, che la globalizzazione e la sofisticazione dei mercati finanziari stiano riportando a un allineamento delle economie nazionali. Molti prevedono che lo stato nazionale sarà presto obsoleto e che gli spazi di manovra dei governi diventeranno limitati”*; così R. BOYER, *L'ipotesi della convergenza rivisitata: globalizzazione e stato nazionale*, in S. BERGER e R. DORE (a cura di), *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998, p. 41.

Nel diritto amministrativo, gli ordinamenti giuridici globali dimostrano di essere largamente influenzati dai poteri economici e finanziari ma che al tempo stesso in essi si ritrovano elementi di democrazia e legalità⁴⁸.

Recentemente il diritto amministrativo si occupa sempre più dei mercati finanziari.

Il diritto amministrativo dell'economia è forse oggi la parte più importante di questa materia. Anche se in alcuni casi si è autolimitato: si pensi alle leggi sulle liberalizzazioni, che prevedono l'eliminazione o riduzione di interventi amministrativi, sostituiti da atti privati.

Ad esempio, la segnalazione certificata di inizio attività consente all'impresa di entrare nel mercato senza la previa autorizzazione amministrativa.

In altri casi, il diritto amministrativo incide fortemente sulla realtà economica con misure di vigilanza e di controllo e pone argini all'esercizio dei poteri privati di mercato.

E' il caso delle funzioni attribuite alle autorità europee per la supervisione delle banche, delle assicurazioni e dei prodotti finanziari o dell'applicazione delle regole antitrust⁴⁹.

⁴⁸ S. CASSESE, *The global polity. Global dimensions of democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012.

⁴⁹ L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013, p. 109 e ss.

Ma il fenomeno non è presente esclusivamente nel quadro europeo, anche in ambito sopranazionale o mondiale è previsto che amministrazioni nazionali siano assoggettate a regole emanate da organismi internazionali: è il caso degli organismi di controllo della borsa e dei mercati finanziari, associati nell'*International Organization of Security Commissioners* – Iosco.

Infine, oggi il giudice amministrativo è il più importante giudice dell'economia e si trova a dovere bilanciare pubblici poteri, diritti dei privati e poteri economici dei privati.

La funzione del giudice amministrativo diventa quindi quella di tutelare i diritti dei cittadini non soltanto nei confronti dei poteri pubblici - così come vorrebbe l'impostazione tradizionale del diritto amministrativo - ma anche nei confronti dei poteri economici privati.

Si tratta di un processo che porta a trasformare la realtà di fatto sulla base di un'esperienza giuridica basata sulla equità e sulla ragione.

La massima attenzione al fatto non può comunque portare all'accettazione passiva della realtà ma piuttosto ad un realismo critico, che riequilibri il sistema e che ponga attenzione al processo di formazione del fatto, al farsi nel movimento. È la via verso un realismo critico⁵⁰.

3.2. *L'informazione*

⁵⁰ Sul punto, M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, p. 61 ss.

Anche il potere dell'informazione globale costituisce un nuovo fatto, frutto dell'evoluzione del web a livello mondiale, che rende indispensabile un intervento a livello transnazionale tra tutti gli Stati.

La massima esposizione e pubblicizzazione dell'individuo rende indispensabile una sempre maggiore tutela della riservatezza.

Ciò che accade pone problemi giuridici che devono essere risolti. Non è un caso che digitando la sola parola "*diritto*" la terza voce sulla stringa del più famoso motore di ricerca sia il "*diritto all'oblio*" ovvero il diritto di un individuo ad essere dimenticato, o meglio, a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca.

In sostanza, un individuo che abbia commesso un reato in passato ha il pieno diritto di richiedere che quel reato non venga più divulgato dalla stampa e dagli altri canali di informazione e che venga rimosso dagli archivi online, a condizione che il pubblico sia già stato informato sul fatto e che sia trascorso un tempo sufficiente dall'evento, tale da far scemare il pubblico interesse all'informazione per i casi meno eclatanti.

Questo principio, alla base di una corretta applicazione dei principi generali del diritto di cronaca, parte dal presupposto che, quando un determinato fatto è stato assimilato e conosciuto da un'intera comunità, cessa di essere utile per l'interesse pubblico: smette di essere oggetto di cronaca e ritorna ad essere fatto privato.

Ma l'informazione globale non consente a quei fatti di 'tornare' privati. Ecco perché si rende necessaria una disciplina giuridica della privacy in relazione alla totale perdita di controllo dell'informazione sul web.

È questo un fatto nuovo, che rende indispensabile l'intervento del diritto a riequilibrare il sistema, un diritto che può essere anzi e prima di tutto giurisprudenziale.

Con la sentenza 13 maggio 2014 n. C-131/12, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha condannato il più noto motore di ricerca a cancellare le indicizzazioni relative ai propri dati personali su richiesta dei cittadini europei interessati, "*a meno che non vi siano ragioni particolari, come il ruolo pubblico del soggetto*".

La Corte di Giustizia ha affermato che i diritti fondamentali della persona cui si riferiscono i dati personali, prevalgono, "*in linea di principio*", non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse del pubblico ad accedere a una determinata informazione in occasione di una ricerca. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultassero "*ragioni particolari, come il ruolo pubblico del soggetto*", tali per cui l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali fosse giustificata dall'interesse preponderante del pubblico ad avere accesso all'informazione.

3.3. Diritto amministrativo globale e ambiente

La protezione dell'ambiente è forse il caso più rappresentativo dell'esigenza di un sistema di regole più ampio in cui l'interesse da tutelare presenta caratteri globali ed in cui può risultare insufficiente una negoziazione tra Stati.

Infatti, di fronte a fenomeni di inquinamento transfrontaliero è sufficiente il ricorso ad accordi tra Stati.

Ma per gli eventi su scala mondiale, è necessario provvedere a livello globale con sistemi complessi come quelli previsti dal Protocollo di Kyoto.

È la dimensione globale degli interessi pubblici che rende indispensabile intervenire in una dimensione extrastatale, con regole fissate a livello globale che incidono sui procedimenti amministrativi nazionali, per esempio garantendo al cittadino il diritto di partecipazione.

In questo settore, la Dichiarazione di Rio de Janeiro (1992) ha stabilito che *“a livello nazionale ogni individuo dovrà avere idoneo accesso alle informazioni riguardanti l'ambiente in possesso delle autorità pubbliche, comprese le informazioni su materiali e attività pericolose nelle loro comunità e dovrà avere la possibilità di partecipare ai processi decisionali”* (Principio 10).

Così la Convenzione di Aarhus (1998) ha sancito il principio di *“public participation”* che riconosce l'accesso alle informazioni ambientali e prevede idonee garanzie partecipative (artt. 6, 7 e 8).

Siamo in un fase di piena evoluzione e continui mutamenti: è troppo presto per rispondere all'interrogativo se si stia realmente

procedendo verso un'universalità del diritto oppure se la resistenza opposta dagli Stati nel conservare il monopolio dell'*imperium* sul proprio territorio impedirà la piena affermazione di un ordine giuridico globale⁵¹.

⁵¹ S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, 2005 e A.M. SLAUGHTER, *The Real New World Order*, in *Foreign Affairs*, 76 (1997), p. 183 ss.

CAPITOLO IV

UNIVERSALISMO E PRINCIPI

1. Fatto e diritto in Vico

Il punto focale della filosofia del diritto nel pensiero vichiano è rappresentato dalla concezione del fatto in continuo movimento che concorre alla formazione del diritto.

Senza il fatto il diritto rischia di essere un diritto minore, lontano dalla realtà, non rappresentativo. Il diritto si deve formare sul fatto in movimento.

La giurisprudenza è lo strumento attraverso il quale il diritto può formarsi trovando la propria origine nella realtà dei fatti.

Secondo il Vico: “*Iurisprudentia universa coalescit ex partibus tribus: philosophia, historia et quadam propria arte iuris ad facta accommodandi*”⁵².

E’ il passaggio che esalta la continuità fra fatto e diritto.

Il principio teorico del *verum-ispum factum* diventa la chiave dell’accertamento del vero che passa attraverso la dimostrazione della razionalità della storia, fino a rendere la giurisprudenza, materiata dai fatti, una giurisprudenza di verità.

In questo contesto, la storia è la scienza che pone in rete fatto e diritto, ne favorisce l’incontro e lo scambio.

Dalla triade *fatto-diritto-storia*, *fatto-diritto-divenire universale che si fa storia*, Vico pone il metodo per costruire il diritto naturale delle genti.

Non si è davanti alla rappresentazione pura e semplice del diritto naturale, collegato al mondo dei fatti; piuttosto si è orientati verso la fondazione di una scienza della storia che parte dai fatti senza esserne limitata: tanto che il *verum-factum* costituisce presupposto e non limite per la costruzione della nuova storia.

La lezione del Vico, il ritorno al diritto dei principi che superi il relativismo della norma giuridica, troppo esposta alle mutazioni economiche e sociali, si presenta, nel tempo dell’incertezza e della precarietà, come una via di salvezza.

⁵² G.B. VICO, *Opere giuridiche*, Firenze, 1974, p. 23, a cura di P. Cristofolini.

Sono evidenti i limiti di una legislazione frammentaria e disorganica. La risposta legislativa è lenta e contraddittoria, non coerente con il processi evolutivi dello spazio giuridico globale.

La società della crisi e dell'incertezza si esprime per normative alluvionali e sovrabbondanti.

Troppo spesso le norme si rilevano per nulla strutturali, non in grado di governare la crisi⁵³, nonostante la necessità di regolare sia uno degli elementi caratterizzante il diritto della crisi.

Il ritorno ai principi può fare ordinamento, dettare le regole fondanti l'ordinamento.

Il discorso sui principi può ampliarsi, superare i vincoli positivi di una gerarchia statale delle fonti, fino a definire spazi normativi differenziati, che la condizione della storicità delle scelte fa assurgere a *fonte fatto*⁵⁴ che, vichianamente letta, è da intendersi come quella parte di ordinamento che non rinuncia a leggere tutte le diversità territoriali che la norma, ritardata nel proporsi, non riesce a contestualizzare; quella parte di ordinamento che non rinuncia a leggere il divenire nella sua complessità.

2. *Principi, spazio globale, diritto universale*

⁵³ Sul rapporto tra crisi economica, emergenze e regole strutturali cfr. E.M. MARENGHI, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2010, p. 145 ss.

⁵⁴ M. HERRERO DE MINON, *Idea de los derechos históricos*, Madrid, 1991, pp. 54-55, relativamente alla relazione tra fonte-fatto e diritto storico.

Il fatto inteso come punto di partenza nella formazione del diritto non comporta tuttavia un'attenzione sclerotica verso il particolare, ma fonda l'esigenza della individuazione di principi universali, consente l'enuclearsi delle regole dello spazio giuridico globale.

Il diritto storico di Vico non si esaurisce nell'individuazione del fatto come fonte, ma consente *“l'elaborazione di principi emergenti ed unitari, che possano rappresentare regole per l'insieme giuridico della globalità”*⁵⁵.

Ciò rappresenta sul piano dell'elaborazione delle regole rispetto al sistema, la definizione di un nucleo fondante di principi universali e consente di avviare il discorso di metodo sull'unità ordinamentale dello spazio e sulla creazione di un diritto comune.

I principi possono superare la frammentazione delle regole: il diritto della globalità e della diversità risponde alle separatezze con l'unità e l'universalità dei principi.

Lo spazio giuridico globale è in espansione continua: necessita di pochi principi comuni tassativamente riconosciuti.

L'ordinamento italiano è parte di questo processo di selezione dei principi comuni e l'ordinamento interno è, per molti aspetti,

⁵⁵ E.M. MARENGHI, *Fatto, farsi e diritto nel Vico giurista della globalità*, in *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto* (a cura di E.M. Marengi), Napoli, 2014, p. 82.

tributario di assetti normativi sovranazionali, chiamati proprio all'enucleazione di questi principi.

Vediamone alcuni esempi.

2.1. Il Titolo V della Costituzione

Si pensi all'ultima modifica strutturale del testo costituzionale, alla definizione dei principi in base ai quali le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni e allo Stato.

Tutto il processo di allocazione delle funzioni, di ridefinizione dei livelli di azione amministrativa passa attraverso l'applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Il principio di sussidiarietà, di prossimità dello svolgimento delle funzioni, è di ispirazione europea sin dal Trattato di Maastricht.

L'attribuzione ai Comuni delle funzioni amministrative, lasciando agli enti sovraordinati meno prossimi al cittadino il beneficio dell'eccezione affidata all'emersione di ragioni di esercizio unitario, costituisce principio che trova la propria matrice nell'ordinamento sopranazionale europeo⁵⁶.

⁵⁶ V. CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali, in Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, a cura di L. Chieffi e G. Clemente di San Luca, Torino, 2004, p. 269 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sul valore garantista del principio di sussidiarietà*, ivi, p. 279 ss.; L. VANDELLI, *La costituzione del sistema*

La sussidiarietà sposta il baricentro del potere, esercitato per funzioni, dal centro alla periferia, dal potere accentrato all'autonomia.

Si afferma non solo come criterio tecnico di ripartizione ma, contestualmente, come principio giuridico-politico di riconoscimento di un'area omogenea di autonomia attribuita (tutte le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni).

Il Comune non è più corpo separato dello Stato.

Territorio e popolo sono le costanti ordinamentali di una caratterizzazione unitaria che, nello spazio globale, non si distingue per separatezza di poteri affidati, ma per unità in senso comunitario⁵⁷.

La base comunitaria esercita un potere che si pone a servizio delle comunità stanziate, avvicinando potere e funzione.

Si rifugge il rigido schematismo, l'exasperazione formale, l'azione è diretta al possibile giuridico.

Se *può*, svolge il Comune le funzioni amministrative.

Se *non può*, la direzione ascendente del possibile giuridico porta all'esercizio delle funzioni ad un livello immediatamente superiore, alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni, allo Stato.

regionale delle autonomie locali secondo le disposizioni del T.U. 267/2000. Il metodo cooperativo come imprescindibile perno per il funzionamento del sistema regionale: governo locale e programmazione, ivi, p. 293 ss.

⁵⁷ E.M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1994, p. 109 ss.; G. VESPERINI, *I poteri locali*, Vol. I, Roma, 1999, p. 309 ss.

Dove non arriva il potere costituito si propone il cittadino organizzato: ecco il concetto di sussidiarietà nell'accezione orizzontale, complementare alla sussidiarietà verticale⁵⁸.

L'idea della prossimità avvicina il principio della sussidiarietà, per i presupposti della territorialità e del popolo, al diritto storico di Vico.

Anche il principio della differenziazione, ormai riconosciuto sul piano ordinamentale dall'art. 118 Cost. e che caratterizza l'essere delle comunità locali secondo l'autonomia giuridica esprimibile ed i canoni di un federalismo virtuoso, presenta contatti rilevanti con il pensiero giuridico della storia del diritto delle fonti.

Questo concetto si caratterizza come portatore e rappresentativo delle diversità territoriali. La distribuzione delle funzioni non può prescindere dalle diversità territoriali.

Il processo di differenziazione costituisce una ricchezza irrinunciabile. È infatti strumento che garantisce la vera autonomia, affidata ad una selezione dal basso degli interessi fondanti, quelli che le autonomie locali devono concorrere a definire rispetto al *proprium* territoriale sociale ed economico, che sono capaci di esprimere.

Solo il principio di differenziazione consente di tenere insieme, nella globalità in espansione, l'infinitamente piccolo con

⁵⁸ G. PASTORI, *I decreti di attuazione della legge 'Bassanini' e la sussidiarietà orizzontale*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, esperienze a confronto*, a cura di A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999, p. 169 ss.; R. BIN, *I decreti di attuazione della legge 'Bassanini' e la sussidiarietà verticale*, *ivi*, p. 183 ss.

l'infinitamente grande, l'entità sopranazionale con le realtà locali, disponendo un sistema, tecnico-giuridico, di unità nella diversità.

Il principio di adeguatezza forse più degli altri incardina metodologie d'avanguardia, destinato a rompere gli schemi fra pubblico e privato⁵⁹ e a rendere l'equilibrio tra potere e risorse applicate⁶⁰.

Nelle attività private si è tradotto nelle reti tra imprese, in grado di tenere insieme più imprese che possano integrarsi, migliorare competizione e innovazione, potenziare risorse umane e finanziarie.

Così anche il settore pubblico si muove nella stessa direzione.

Le associazioni di enti, le reti di servizi, sono destinati a servire lo sviluppo delle realtà territoriali e socio economiche minori,

⁵⁹ Il principio di adeguatezza, rapportato alla idoneità dimensionale ed organizzativa dell'unità operativa, sia essa ente di diritto pubblico o di diritto privato, esce dallo schema di appartenenza radicale e sviluppa un modello di organizzazione trasversale.

Nel pubblico, ne costituisce espressione il modulo organizzativo delle associazioni tra Comuni. Nel privato, l'istituto delle reti tra imprese: cfr. *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamileli, Torino, 2009, con particolare riguardo per la parte III (relativa ai profili della cooperazione) agli scritti di A. DI MAIO, *Contratto e reti. Le tutele*, p. 267 ss.; P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, p. 388 ss.; F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, Bologna, 2009, p. 9 ss.

⁶⁰ A. BRANCASI, *Adeguatezza delle risorse finanziarie ai compiti degli Enti locali*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 341 ss.; A. GRASSE, *Sviluppi e tendenze del federalismo in Germania, differenza territoriale e perequazione finanziaria*, in *Istituzioni del Federalismo*, in *Riv. di studi giur. e politici*, 2012, ottobre-dicembre, p. 789 ss.

per gestire il governo della complessità nell'unione e così reggere il confronto con la storia universale in movimento⁶¹.

2.2. Diritto di proprietà e (abuso di) lottizzazione abusiva

Anche in materia di lottizzazione abusiva vi è stata l'affermazione di principi transnazionali che sembrano imporre un'evoluzione della giurisprudenza interna.

L'art. 30 del d.p.r. n. 380/2001 prevede che *“si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio”*.

⁶¹ A. MAGLIERI, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, in *Le istituzioni del Federalismo, Bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia-Romagna*, 2008, p. 341 ss.

Questa norma fa riferimento alla trasformazione o al frazionamento di “*terreni*”, con conseguente pericolo che un’area inedita venga abusivamente trasformata: il testo della legge non prevede, quindi, la lottizzazione abusiva in relazione a singoli edifici assentiti, quando le attività edilizie siano conformi ai titoli rilasciati. Si tratta di un fatto che non ha ancora trovato espressa disciplina giuridica nel testo normativo.

Sembrerebbe conseguire che la ripartizione (in quote indivise) della proprietà di un edificio regolarmente assentito non possa comportare le gravissime conseguenze che derivano dalla lottizzazione abusiva di cui all’art. 30 (ovvero perdita del diritto di proprietà).

Nell’ipotesi di mutamento di destinazione d’uso senza opere, la legge prevede infatti il pagamento di una sanzione pecuniaria o (se si ritenesse applicabile la totale difformità) l’ordine di ripristinare l’originaria destinazione, senza giungere a disporre l’acquisizione gratuita dell’immobile.

Se non previsto diversamente dal Piano della distribuzione delle funzioni, il mutamento della destinazione d’uso di un edificio senza opere non deve essere preceduto dall’acquisizione di alcun titolo edilizio (e, quindi, è ritenuto sostanzialmente irrilevante sul piano edilizio-urbanistico).

Ciò nonostante lo stesso intervento (secondo il diritto vivente interno), qualora il mutamento di destinazione d’uso avvenga attraverso il frazionamento della proprietà di un edificio, integrerebbe

- senza la necessità di alcuna verifica ulteriore - l'illecito più grave contemplato dalla legislazione in materia urbanistica, ovvero una lottizzazione abusiva⁶².

È evidente che questo passaggio dall'“*irrilevanza giuridica*” alla “*gravissima illiceità*” non dovrebbe avvenire senza il puntuale accertamento di elementi di fatto (ulteriori rispetto al mero mutamento di utilizzo), che attribuiscono alla fattispecie una rilevante connotazione urbanistica negativa.

Se così non fosse, l'azione amministrativa sarebbe caratterizzata da inaccettabili profili di arbitrarietà, in violazione degli artt. 3, 97 e 113 della Costituzione.

⁶² “*La modifica di destinazione d'uso di una struttura alberghiera in complesso residenziale realizzata attraverso la parcellizzazione dell'immobile in numerosi alloggi suscettibili di essere occupati stabilmente configura il reato di lottizzazione abusiva pur laddove l'area sia urbanizzata e gli strumenti urbanistici generali consentano una utilizzabilità alternativa di tipo alberghiero e residenziale*” (Cons. Stato, IV, 12 luglio 2013, n. 3755). “*Il concetto di opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni deve essere interpretato in maniera 'funzionale' alla ratio della norma ... che tende a garantire una ordinata pianificazione urbanistica, un corretto uso del territorio ed uno sviluppo degli insediamenti abitativi e dei correlativi standards compatibili con le esigenze di finanza pubblica. Ne consegue che la verifica circa la conformità della trasformazione realizzata e la sua rispondenza o meno alle previsioni delle norme urbanistiche vigenti deve essere effettuata con riferimento non già alle singole opere in cui si è compendiata la lottizzazione, eventualmente anche regolarmente assentite (giacché tale difformità è specificamente sanzionata dagli artt. 31 ss. D.P.R. n. 380 del 2001), bensì alla complessiva trasformazione edilizia che di quelle opere costituisce il frutto, sicché essa conformità ben può mancare anche nei casi in cui per le singole opere facenti parte della lottizzazione sia stato rilasciato il permesso di costruire*” (Cons. Stato, IV, 19 giugno 2014, n. 3115).

I principi costituzionali di eguaglianza e di ragionevolezza (o proporzionalità) risultano violati dall'orientamento giurisprudenziale ora richiamato anche in relazione alle fattispecie previste dall'art. 31 del d.p.r. n. 380/2001, che definisce “*opere eseguite in totale difformità dal permesso di costruire quelle che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planivolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso di costruire*”.

In questo caso (evidentemente più grave del mero cambio di destinazione d'uso senza opere di un volume assentito), il legislatore ha previsto la “*rimozione o demolizione*” (cfr. art. 31, comma 2, del Testo Unico dell'edilizia): questa sanzione, applicata all'ipotesi “*di un organismo edilizio integralmente diverso*” in relazione alla sua “*utilizzazione*”, comporterebbe l'ordine di ripristino della destinazione consentita.

Sulla base di questa disciplina, soltanto se il responsabile non ricostituisce entro 90 giorni la situazione legittima (e, quindi, in ipotesi, la destinazione d'uso imposta), il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune.

È evidente la disparità di trattamento:

- la costruzione di un edificio totalmente abusivo comporta l'ordine di riduzione in pristino e, solo in caso di mancata esecuzione di tale ordine, l'acquisizione al patrimonio;

- la mera modifica della destinazione d'uso di un edificio assentito comporterebbe (in pretesa applicazione dell'art. 30 del Testo unico dell'edilizia) l'immediata acquisizione del bene al patrimonio comunale.

L'interpretazione dell'art. 30 del Testo Unico dell'edilizia, secondo il diritto vivente, viola anche l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e ciò integra violazione dell'art. 117 della Costituzione).

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 20 gennaio 2009, sul ricorso n. 75909/01, in materia di lottizzazione abusiva), l'art. 1 del Protocollo esige *“che un'ingerenza della pubblica autorità nel godimento del diritto al rispetto di beni sia legale”* e non abbia caratteri di *“arbitrarietà”*; è altresì indispensabile assicurare un equilibrio *“tra l'esigenza dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, tenendo presente che ci deve essere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”*.

Alla luce di questi principi, la violazione dell'art. 1 del Protocollo appare evidente:

- la modifica della destinazione d'uso di un edificio non è riconducibile alla definizione di lottizzazione abusiva contenuta nell'art. 30 del Testo Unico dell'edilizia;

- la mancata puntuale ed approfondita dimostrazione dell'esistenza dei tre elementi evidenziati nel primo motivo di ricorso

comporta l'assoluta arbitrarietà dell'irrogazione di una sanzione di natura espropriativa: l'affermazione dell'applicabilità dell'art. 30 avviene in maniera tralattizia, senza alcun riferimento alle caratteristiche del caso concreto;

- la sanzione prevista è assolutamente sproporzionata rispetto all'interesse pubblico asseritamente perseguito: sarebbe sufficiente l'ordine ai proprietari di ripristinare la destinazione legittimamente assentita.

E' questo un caso in cui, in presenza di un vuoto normativo, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta con un orientamento che è stato contraddetto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'affermarsi di principi generali dell'ordinamento giuridico, a livello globale, tende a superare quelli individuati a livello nazionale.

2.3. I principi del diritto comunitario ambientale

Anche il diritto ambientale, come si è già avuto modo di osservare, è un settore in cui si rende indispensabile l'enucleazione di principi generali condivisi a livello globale.

Il sistema giuridico per la protezione dell'ambiente si è sviluppato attraverso una serie di principi fondamentali di diritto internazionale, che hanno costituito nel corso degli anni il punto di riferimento per lo sviluppo delle specifiche norme ambientali contenute negli accordi internazionali, nella normativa europea e nella

legislazione nazionale e per la definizione delle iniziative concrete per la tutela ambientale⁶³.

Tali principi costituiscono ancora oggi la base su cui si innesta tutta la copiosa normativa ambientale e su cui poggia l'interpretazione della normativa esistente, anche quella più risalente nel tempo.

Si pensi al principio dello sviluppo sostenibile, che ammette lo sviluppo finalizzato a soddisfare i bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri; al principio di precauzione, per cui quando ci sono rischi di danni seri ed irreversibili, la mancanza di piena certezza scientifica non deve essere usata come motivo per posporre l'adozione di misure finalizzate a prevenire il degrado ambientale; al principio di prevenzione, per cui in presenza di un potenziale rischio di danno all'ambiente, si deve evitare il verificarsi di questo danno in considerazione essenzialmente della estrema difficoltà che esiste nel riparare adeguatamente i danni ambientali una volta che si sono verificati; al principio 21⁶⁴, della sovranità permanente degli Stati sulle loro risorse naturali per cui gli Stati hanno diritto di sfruttarle in conformità con le loro politiche ambientali, nel rispetto del limite del divieto di inquinamento transfrontaliero in base al quale gli Stati devono garantire che le attività poste in essere nell'ambito della loro

⁶³ M. MONTINI, *Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. I Principi generali*, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, p. 30 ss.

⁶⁴ Che prende il nome dal principio n. 21 della Dichiarazione di Stoccolma, la prima celebre lista dei principi fondamentali del diritto dell'ambiente a livello internazionale, elaborata nell'ambito della Conferenza di Stoccolma del 1972.

giurisdizione o controllo non provochino danni all'ambiente di altri Stati o di aree poste al di là della loro giurisdizione come l'alto mare, l'atmosfera o l'Antartide.

La storia di questi principi riflette emblematicamente uno dei caratteri tipici del diritto ambientale: il condizionamento e l'impulso provenienti dalla dimensione ultrastatale.

Essi infatti sono stati forgiati ed elaborati a livello internazionale prima, comunitario poi, per approdare da ultimo nel nostro ordinamento positivo, dove sono stati consacrati nella giurisprudenza e in proposizioni normative contenute in svariate fonti⁶⁵.

⁶⁵ F. FRACCHIA, *Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. I Principi generali*, cit., p. 560 ss.

Conclusioni

Il diritto vivente non coincide con la legge; è la legge come interpretata dalla giurisprudenza costante.

La teoria del diritto vivente comporta l'accettazione piena della concezione vichiana.

Un diritto che è, al tempo stesso, diritto certo ma anche adeguamento ai fatti, tramite il giudice, cui spetta il compito di individuare i principi.

La dogmatica è un retaggio storico. La legge non è e non può essere sufficiente; non può essere lasciata sola.

Deve essere affiancata dalla libera applicazione e interpretazione del giudice, garante della storicità del diritto, cioè della sua adesione alla dinamica della società.

Nel pluralismo giuridico, che consente l'armonico divenire di società e diritto, giudici e avvocati si immergono nella fattualità, nella complessità della società⁶⁶.

Questo ruolo è ancora più centrale se si pensa che, in tutti i Paesi europei, vi sono almeno tre atti normativi fondamentali, la Costituzione, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Carta dell'Unione europea.

⁶⁶ Sul ruolo del giurista “tra un millennio e l'altro” cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 254-255: “il diritto e il giurista (ossia, colui che al diritto dedica la sua vita di operatore e scienziato) vivono un momento di grossa incertezza in quanto percorso da un mutamento rapido e intenso, momento non facile di cui, tuttavia, lo storico avverte la fertilità. Sì, momento fertile perché si sta disegnando un nuovo paesaggio giuridico non ancora definito e anche difficilmente definibile. Ci stiamo allontanando sempre più dal paesaggio chiaro e semplice di ieri, troppo chiaro e semplice per poter rispecchiare fedelmente il sottostante assetto sociale in tutta la sua reale complessità. Gli idoli venerati appaiono in buona parte infranti: statualità del diritto, legge, principio di rigidissima legalità, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti ... La legge sta lasciando il suo trascorso ruolo di strumento essenziale di produzione del diritto. Stiamo, ormai, vivendo l'esperienza di poteri diversi da quello politico – in primo luogo, il potere economico – impegnati nel coniare nuovi istituti giuridici; e stiamo parimenti vivendo una proiezione che è sempre più globale, che tende ad astrarre dalle confinazioni spesso insensate delle frontiere statuali ... Se fino a ieri il criterio determinante era quello della validità, ossia della corrispondenza a un modello generale autorevole (prevalentemente offerto dallo Stato), oggi sembra vincente quello della effettività, cioè della capacità che ha una regola o un istituto di essere concretamente osservato, applicato. E i confini fra fatto e diritto, così nitidamente segnati in un passato prossimo, si fanno labili, e l'approdo è una decisa fattualità del diritto ... Che il lettore non si lasci prendere dallo sgomento se il terreno è labile sotto i suoi piedi. Si sta, infatti, scavando per far posto ai basamenti di un nuovo edificio giuridico in coerenza con quanto è richiesto dalla nuova maturità di tempi in lenta formazione”.

Non solo. Il proliferare di fatti economici e sociali rende indispensabile l'intervento dei poteri politici, costretti a provvedere con leggi speciali, recuperando nel tessuto legislativo - in ritardo e in maniera incompleta - fatti emersi e consolidati nella pratica sociale.

I principi possono superare la frammentazione delle regole e muoversi nello spazio giuridico globale.

La globalizzazione tecnologica non è ancora universalizzazione, né dei principi né del diritto.

Ci sono aree non ancora raggiunte dalla rete ed aree in cui la rete è in parte censurata. Vi sono aree in cui la rete arriva, ma non porta con sé i principi.

L'era della globalizzazione è l'epoca del relativismo: tutti comunicano al di fuori di un sistema assiologico comune.

Il fatto fonda e plasma il diritto; rimane la necessità dei principi.

La giurisprudenza - prima e meglio della legge - adegua il diritto al divenire del fatto; il giurista (ri)costruisce un sistema di principi.

BIBLIOGRAFIA

G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, Testo della Relazione al Convegno organizzato dalla Società Italiana degli avvocati amministrativisti, Sezione della Sicilia orientale su *La legge n. 205 del 2000 e l'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, Aula congressi del TAR Catania, 18 maggio 2002

A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002

B. BAVIERA, *Giambattista Vico e la storia del diritto romano. Prolusione al corso di Storia del diritto romano, IV dicembre MCMXII*, Palermo, 1912

S. BERGER e R. DORE (a cura di), *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998

R. BIN, *I decreti di attuazione della legge 'Bassanini' e la sussidiarietà verticale*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, esperienze a confronto*, a cura di A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999

- N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979
- J. BONNECASE, *L'école de l'exegèse en droit civil*, Parigi, 1924
- A. BRANCASI, *Adeguatezza delle risorse finanziarie ai compiti degli Enti locali*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*
- F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, Bologna, 2009
- G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932
- G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962 (edizione riveduta a cura di P. Piovani)
- M. CARAVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014
- S. CASSESE, *La giurisprudenza come scienza sociale*, note non pubblicate, 2012

S. CASSESE, *The global polity. Global dimensions of democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012

S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, 2005

S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. III, Milano, voce *Diritto amministrativo globale* di Lorenzo Casini

S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto, un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008

V. CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, a cura di L. Chieffi e G. Clemente di San Luca, Torino, 2004

M. CLARICH – M. ROSSI SANCHINI, *Linee evolutive del processo amministrativo: il lungo cammino (non ancora concluso) dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in Amato e Garofoli, *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Roma, 2009

B. CROCE, *Etica e politica*, Bari, 1945

B. CROCE, *La conversione del vero col fatto. Quello che il Vico dice e quel che non ci dice*, in *Quaderni della critica*, 5, 1950

L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013

F. DE SANCTIS, *Storia della letteratura italiana*, II vol, ed. Roma, 1987

F. DE SANCTIS, *La letteratura italiana*, [1870-1871], Roma, 1988, Vol. II

A. DI MAIO, *Contratto e reti. Le tutele*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamileli, Torino, 2009

G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto, Vol. II: L'età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1970

G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto, Volume III: Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970

G. FASSO', *Vico e Grozio*, Napoli, 1971

M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari,
2012

F. FRACCHIA, *Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. I
Principi generali*, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova,
2012

V. FROSINI, *Giuseppe Capograssi*, Torino, 1961

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009

M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere, Stati e amministrazioni
pubbliche*, Bologna, 1986

W. GIULIETTI – N. LONGOBARDI, *SCIA: un ventaglio di
azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del
2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *www.giustamm.it*, 8/2011

A. GRASSE, *Sviluppi e tendenze del federalismo in Germania,
differenza territoriale e perequazione finanziaria*, in *Istituzioni del
Federalismo*, in *Riv. di studi giur. e politici*, 2012, ottobre-dicembre

G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio
dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso ed il*

silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1

P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007

P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata 'Introduzione allo studio del divenire romano' di Riccardo Orestano)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, Milano, 1988

G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Roma-Bari, 2005

J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996

M. HERRERO DE MINON, *Idea de los derechos históricos*, Madrid, 1991

K. N. LLEWELLYN, *The brumble bush*, New York, 1951

L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967

N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990

A. MAGLIERI, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, in *Le istituzioni del Federalismo, Bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia-Romagna*, 2008

E.M. MARENGHI, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2010

E.M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1994

E.M. MARENGHI, *Lo statuto comunale e la teoria dell'autonomia tra essere e avere*, Salerno, 2008

E.M. MARENGHI, *Interesse esclusivamente locale e programmazione amministrativa infranzionale*, Napoli, 1997

E.M. MARENGHI (a cura di), *Ritorno ai principi. il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, 2014

F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività – Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Giuffrè, 2011

M. MONTINI, *Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. I Principi generali*, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012

R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967

R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987

D. PASINI, *Diritto società e Stato in Vico*, Napoli, 1980

G. PASTORI, *I decreti di attuazione della legge 'Bassanini' e la sussidiarietà orizzontale*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, esperienze a confronto*, a cura di A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999

P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*

A. ROMANO TASSONE, *Sul valore garantista del principio di sussidiarietà*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, a cura di L. Chieffi e G. Clemente di San Luca, Torino, 2004

SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918

C. SAVIGNY, *Vom beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*

A.M. SLAUGHTER, *The Real New World Order*, in *Foreign Affairs*, 76 (1997)

L. VANDELLI, *La costituzione del sistema regionale delle autonomie locali secondo le disposizioni del T.U. 267/2000. Il metodo cooperativo come imprescindibile perno per il funzionamento del sistema regionale: governo locale e programmazione*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, a cura di L. Chieffi e G. Clemente di San Luca, Torino, 2004

G. VESPERINI, *I poteri locali*, Vol. I, Roma, 1999

G.B. VICO, *De uno universi iuris principio et fine uno*, Napoli, 1720, ora in Id., *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Firenze, 1974

G.B. VICO, *Scienza nuova seconda*, ed. Nicolini

G.B. VICO, *Opere giuridiche*, Firenze, 1974, a cura di P. Cristofolini