

La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo

a cura di

A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti,
B.G. Mattarella, M. Ramajoli



Giappichelli

I

**Principi eurounitari e legge n. 241/1990:
quale rapporto?**

Introduzione

GIUSEPPE MORBIDELLI

I principi eurounitari e legge n. 241/1990: quale rapporto?

SOMMARIO: 1. Premesse sul ruolo unificante dei principi (di varia estrazione) nell'ordinamento amministrativo. – 2. I principi di derivazione europea. – 3. Le multiple epifanie dei “principi-valori” e connesse problematiche di individuazione e di confinamento. – 4. Il paradigma della linea di ricerca seguita da B. Marchetti per cogliere la geometria variabile del principio di proporzionalità. – 5. I c.d. principi “istituto”: complessità e molteplicità del loro essere nei contributi di A. Bartolini, F. Figorilli, A. Cassatella, A. Giusti. – 6. Conferma dell'appropriatezza del richiamo di M. Ramajoli al “libertinismo giuridico” propugnato da F. Cammeo secondo la lettura di M. Nigro. – 7. Verso ulteriori programmi di ricerca di principi impattanti sull'attività amministrativa derivanti dalla CEDU e in genere da norme internazionali pattizie.

1. Premesse sul ruolo unificante dei principi (di varia estrazione) nell'ordinamento amministrativo

Il legame a filo doppio tra principi e legislazione amministrativa è storico, connaturato, risaputo¹. I principi sono stati infatti il collante e la guida della dispersa e sovente caotica legislazione amministrativa. Si potrebbe dire che dopo le leggi amministrative di unificazione del 1865 una ulteriore unificazione è avvenuta e avviene tramite i principi, che operano e come strumenti per confor-

¹Indicazioni di letteratura e giurisprudenza sul germogliare, sulla consistenza e sulla rete dei principi del diritto amministrativo sono superflue, tante sono le analisi, le ricostruzioni e le messe a punto: v. oltre il sempre attuale e prezioso G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, le sintesi e le indicazioni racchiuse in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, cui *adde* A. Bartolini, S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, 2017 e G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto (giornata di studio dedicata a Sabino Cassese)*, Bologna, 2016, 209.

mare l'azione e l'organizzazione amministrativa ai principi di ragione e di senso comune, di giustizia distributiva, di equità², e come corifei della unità dell'ordinamento giuridico allorché si invocano principi derivanti dal Codice civile (es. convalida) o dal Codice di procedura civile (es. raggiungimento dello scopo), e come pilastri della organicità dell'ordinamento amministrativo quando essi vengono dedotti dalle leggi amministrative dotate di maggiore significatività (si pensi ai tanti principi estratti nel tempo dai T.U. l. com. prov. del 1915 e del 1934 o dal T.U. delle acque). Da tener presente, a conferma del ruolo centrale dei principi che rivestono con riguardo all'attività e alla organizzazione della pubblica amministrazione, che essi operano a tre livelli: a) ai fini interpretativi, ovvero come criterio ermeneutico; b) ai fini di individuare una disciplina del caso di specie nelle ipotesi di lacune; c) ai fini di determinare la corretta esplicitazione della discrezionalità (e di conseguenza assumono la veste di criterio da seguire in sede di sindacato giurisdizionale).

Ricordo che un tempo nella nostra dottrina vi è stato un dibattito tra chi sosteneva che l'art. 3 disp. prel. c.c. del 1865 si riferisse a principi generali estratti per successive generalizzazioni dalle norme dell'ordinamento positivo³, e chi invece sosteneva che tali principi dovessero essere rinvenuti nel diritto naturale e nella tradizione plurisecolare perché rispondenti ad esigenze immutabili dello spirito e della ragione umana⁴. Quest'ultimo indirizzo sosteneva cioè che i principi andrebbero a coincidere con le supreme e generali verità giuridiche, che sono rivelate e dettate dalla ragione umana e da questa desunte dalla natura delle cose⁵, anche se nello stesso tempo non si ometteva di rilevare che accanto ai principi immutabili si collocano quelli a carattere variabile in considerazione del naturale evolversi della società, in quanto non è possibile prescindere dalla realtà sociale, che si rinnova di continuo con l'evolversi delle esigenze e delle aspirazioni⁶.

² V., per una serie di esempi di principi tratti dalla tradizione, dai precetti di ragione, dal senso comune, dalla giustizia distributiva, dall'equità, gli scritti di Federico Cammeo: citati in G. Morbidelli, *Federico Cammeo l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1993, 78, note da 172 a 176.

³ Questa invero era la tesi prevalente: tra i tanti cfr. V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, 24 ss.; G. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, 500; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, 1, *Dottrine generali*, I, Roma, 1921, I, 228 ss.; A. Raselli, *Il potere discrezionale del giudice*, I, Padova, 1927.

⁴ V. in particolare G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 33 ss., ora in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, 205 ss. e C. Gangi, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1923, 153.

⁵ Il rinvio alla natura delle cose per colmare le lacune del diritto è corrente negli studi di diritto commerciale: v. in particolare C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, V ed., Milano, 1922, 68 ss., secondo il quale «talora la regola emerge immediatamente dalla natura dei fatti».

⁶ Il dibattito è ora ricostruito con completezza di analisi da G. Alpa, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di, G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, 143 ss. È altresì indispensabile

Per la verità, sia la dottrina amministrativistica sia la giurisprudenza del Consiglio di Stato hanno colto il fior da fiore di questo dibattito, nel senso che, come emerge già dalle esemplificazioni ricordate (v. testo e nota 2), hanno fatto ricorso sia ai principi generalissimi ricavabili dalla ragione, dalla tradizione, dal senso comune, dalla equità, della giustizia naturale (secondo la formula del Codice civile austriaco del 1911), sia a principi che si desumono dalle singole disposizioni di legge, per mezzo di astrazione e generalizzazione crescente, e dunque estraibili per induzione dal particolare al generale.

Comune ad entrambe le categorie è il problema della loro natura in quanto da taluni viene contestato che abbiano carattere normativo, nel senso che non costituirebbero norme bensì il fondamento e la *ratio* delle norme⁷, ciò sul presupposto che la nozione di norma debba essere intesa come equivalente a disciplina e qualificazione di fattispecie generali e astratte e connessa previsione di specifici effetti giuridici che di volta in volta nasceranno in occasione del concreto verificarsi delle fattispecie. Va detto tuttavia che anche in tale lettura non si esclude affatto il carattere “normativo” dei principi, ove la “normatività” si intenda nel senso più ampio sì da qualificare la “normatività” per la presenza di un vincolo giuridico: e tale è anche il criterio interpretativo di necessità discendente da ogni genere di principi, anche quelli che vengono definiti aventi carattere “direttivo” o “programmatico”. In ogni caso la tesi del carattere normativo dei principi, senza se e senza ma, è quella più accreditata⁸, salvo che, a differenza delle disposizioni dettagliate e puntuali, la loro applicazione richiede una operazione più complessa, ma non per questo perdono la loro normatività e con essa la efficacia *erga omnes*.

La tradizione di un diritto amministrativo conformato dai principi è stata poi esaltata dall'avvento della Costituzione, sia per la moltitudine di principi impat-

rieleggere, per la loro persistente attualità e per il livello di eccelso approfondimento, i contributi inseriti negli *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943 (contenente saggi, tra gli altri, di S. Panunzio, G. Perticone, W. Cesarini Sforza, C. Mortati, V. Crisafulli, E. Betti, F. Santoro-Passarelli, S. Pugliatti, L. Mossa).

⁷ È questa l'opinione, tra gli altri, di E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed., Milano, 1971, spec. 310 ss.

⁸ V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali*, cit. e in *Riv. int. fil. dir.*, XXI (1941), 41-64, 157-182, 230-265; comunque v. per tutti particolarmente N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 181 «Per sostenere che i principi generali sono norme gli argomenti sono due, anzitutto se sono norme quelle da cui i principi generali sono estratti, attraverso un procedimento di generalizzazione successiva, non si vede perché non debbano essere norme anch'essi. In secondo luogo, la funzione per cui sono estratti e adoperati è quella stessa che è adempiuta da tutte le norme, cioè la funzione di regolare un caso. A quale scopo vengono estratti in caso di lacuna? Per regolare un comportamento non regolato, è chiaro: ma allora servono allo stesso scopo cui servono le norme espresse. E perché non dovrebbero essere norme?» nonché nello stesso senso più di recente F. Viola, *Principi giuridici*, in *Enc. filosofica*, IX, Milano, 2006, 8596.

tanti sulla pubblica amministrazione in essa rinvenibili e che vanno ben oltre i dettami degli artt. 97 e 98, sia perché fonte superiore. Per di più l'attenzione ai principi e alla loro ricerca è stata sollecitata dalle previsioni dell'art. 117 Cost. e degli Statuti delle Regioni speciali che rispettivamente evocano i principi delle materie e i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato. Nello stesso tempo la Costituzione, nel porre espressamente principi, ha nei fatti superato il problema, un tempo largamente discusso, circa il carattere necessariamente inespresso (*sans texte*) dei principi⁹. E se da un lato è frequente che principi inespressi trovino canonizzazione ma anche smentita legislativa (ad esempio come avvenuto in senso confermativo per i principi in materia di annullamento d'ufficio, v. art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990, e in senso "abrogativo" per il principio di generale esecutorietà del provvedimento amministrativo¹⁰; v. art. 21 *ter*, legge n. 241/1990), dall'altro per effetto della interpretazione evolutiva e della incessante produzione normativa è ancor più frequente che ne nascano di nuovi sia espressi che inespressi, tanto che si è parlato di una vera e propria "esplosione" dei principi nell'esperienza giuridica contemporanea e questo non solo nell'ambito della riflessione filosofica e teorico-giuridica, ma anche all'interno della prassi effettiva di aree sostantive e procedurali del diritto¹¹.

2. I principi di derivazione europea

Fatto è che i Trattati europei e il conseguente diritto derivato hanno trovato nel nostro ordinamento condizioni climatiche ottimali a che i principi ricavabili da tali fonti attecchissero e fermentassero, tanto più alla luce di una giurisprudenza della Corte di Giustizia improntata al decidere per principi soprattutto nella veste di giudice su rinvio pregiudiziale, nonché per effetto della canonizzazione di tali principi in sede di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. È avvenuto così che i principi del diritto dell'Unione sono penetrati in profondità nel nostro ordinamento in virtù della *primauté* delle norme europee, che del resto ha ricevuto ulteriore conferma nel nuovo art. 117 Cost., ma anche per

⁹Ma già la emanazione della Carta del Lavoro nella gran parte delle cui dichiarazioni si riconoscevano dei veri e propri principi generali di diritto formulati in veste solenne, aveva fatto propendere per la tesi della piena ammissibilità dei principi espressi, come ebbe a rilevare V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., 48 ss.

¹⁰Principio invero già da tempo disatteso dalla dottrina più autorevole: indicazioni in G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 738.

¹¹G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3652 ss. Altra e diversa questione è quella metodologica ovvero di logica giuridica attraverso cui individuare (e talvolta costruire) i principi, su cui è d'obbligo richiamare G. Kalinowski, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, 1971, 206-209.

effetto della particolare pervasività e flessibilità che caratterizza principi quali quelli di integrazione, di non discriminazione, di effetto utile, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di proporzionalità, ecc. Principi tra l'altro che, per effetto del c.d. *spill over*, hanno trascinata al di fuori delle materie regolate dal diritto dell'Unione¹². Caso emblematico è il principio di responsabilità per lesione di situazioni soggettive che nel nostro ordinamento sono qualificate interessi legittimi, che il diritto comunitario ha introdotto con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici regolati da apposite direttive, e che la Corte di Cassazione ha esteso nei confronti di ogni esplicazione di potere amministrativo. Tutto ciò, del resto, ha avuto riconoscimento nell'art. 1, legge 7 agosto 1990, n. 241 che opera un vero e proprio rinvio mobile ai principi dell'ordinamento europeo, senza distinguere tra materie regolate dal diritto dell'Unione o materie esclusivamente "nazionalistiche", e analogo rinvio lo troviamo nell'art. 1 c.p.a. Trattandosi di un rinvio ai principi, ciò ha determinato un processo di integrazione in continuo divenire. All'interno dei principi di derivazione europolitaria con riguardo specifico alle materie dell'attività e dell'organizzazione amministrativa hanno un ruolo primario una serie di "principi-valori"¹³ che si esprimono attraverso il richiamo a concetti come proporzionalità, non discriminazione, trasparenza, tempestività, pubblicità, affidamento, sussidiarietà, i quali del resto si raccordano al diritto ad una buona amministrazione nella declinazione data dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Altrettanto significativi e "innervanti" sono poi tutta una serie di "principi-valori" introdotti da normative di settore ma destinati ad avere una valenza generale, come il principio di precauzione¹⁴ dettato in materia ambientale (e sanitaria, in cui invero è nato) che investe tutte le decisioni nelle quali è insito un fattore di rischio, e il principio dello sviluppo sostenibile, suscettibile di applicazione ben al di là del settore della tutela ambientale. È vero che si tratta per lo più di principi ricavabili anche dagli artt. 3 e 97 Cost., come pure da altre disposizioni costituzionali (ad es. il principio di legittimo affidamento viene

¹²Per un quadro sintetico e puntuale dei principi derivanti dal diritto europeo A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, a cura di M. Chiti, G. Greco, I, Milano, 2007, 285 ss.

¹³È evidente che anche le regole, comprese quelle più minute, sono poste in funzione di determinati valori; ma nei principi il collegamento è più diretto e anzi semanticamente espresso. Nel senso che i valori, considerati come criteri di valutazione dell'attività pratica degli uomini, appartengono al genere dei "principi normativi": v. per tutti A. Baldassarre, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., I, 169.

¹⁴Su cui oltre al pionieristico saggio di S. Grassi, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gestione ambiente*, 2001, 40 ss., v. per tutti F. De Leonardi, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; e più di recente M. Allena, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 29, 90, 2016, 411 ss.

ricavato dall'art. 2 Cost., e quello di precauzione dagli artt. 9 e 32 Cost., mentre quello di sussidiarietà dall'art. 118 Cost.). Tuttavia, la copertura europea ha portato con sé anche una innervatura metodologica ai fini della individuazione dei criteri di "caratterizzazione" dei singoli principi. È appena il caso di rammentare che i principi elaborati a livello europeo hanno pur sempre una origine nazionale nel senso che la Corte di Giustizia li estrae dai singoli ordinamenti, conferisce ad essi rango europeo (li "adotta" e li "alleva", per riprendere la efficace terminologia di D. De Pretis)¹⁵ e li proietta poi, imponendoli come vincolanti, all'interno degli Stati membri i quali a loro volta tendono a farli propri anche quando si tratti di applicare il diritto interno. E per l'appunto le origini nazionali sono di estremo rilievo proprio ai fini della identificazione dell'*ubi consistam* dei principi stessi e per la enucleazione dei criteri metodologici atti a determinarne contenuti, modulazione e profili, in quanto a ciò concorre lo scavo nella tradizione scientifica dell'ordinamento di origine¹⁶.

3. *Le multiple epifanie dei "principi-valori" e connesse problematiche di individuazione e di confinamento*

La indagine in tale direzione è tanto più necessaria considerata la estrema variegatezza della morfologia dei principi: espressi o inespressi, per deduzione dal diritto positivo o per tradizione o discendenza dalla ragione e dalla equità, ma soprattutto in considerazione della loro struttura. È a tal proposito significativa la osservazione di Bobbio secondo cui «*i principi generali non costituiscono affatto una categoria semplice ed unitaria; anzi con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto*»¹⁷. E per l'appunto i principi appena richiamati appartengono – come già rilevato – alla categoria dei c.d. "principi-valori"¹⁸ i quali hanno intrinsecamente un contenuto

¹⁵ V. D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europea*, in M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 51.

¹⁶ Questo perché al fine di giungere a tale "europeizzazione" la Corte ripercorre, riprende e sussume a livello di diritto europeo le tradizioni scientifiche nazionali, ovvero quelle che ritiene più idonee ad assicurare l'effetto utile e a innervare le garanzie e gli obiettivi previsti dai Trattati europei: verrebbe allora da dire che questa è una rivincita della tradizione scientifica nazionale che invero, nella relazione del Guardasigilli illustrativa dell'art. 12 delle preleggi del Codice del 1942, veniva qualificata come componente del termine "ordinamento", il che invece Crisafulli ebbe a bollare come "arbitrarie divagazioni" in quanto «non fanno altro che richiamare incautamente proprio quelle tendenze dottrinarie che si era voluto ... giustamente ... bandire»: cfr. V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali*, cit.

¹⁷ N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1966, 893-894.

¹⁸ L'etichettatura come valori assegnati a principi quali trasparenza, pubblicità, tempestività è

pluridimensionale e aperto, sia per la flessibilità stessa dei concetti sottesi a tali principi sia perché permeabili a continue evoluzioni, non solo normative, ma anche sociali, culturali, scientifiche e tecniche, sia perché devono di continuo confrontarsi tra di loro. Del resto, il tema della compresenza di principi e di valori di cui sono espressione e del loro bilanciamento è una delle problematiche maggiormente trattate sia dai filosofi del diritto sia dalla dottrina costituzionalistica, e costituisce luogo geometrico di incontro di sentenze tra le più significative delle Corti Costituzionali. Non deve pertanto sorprendere che lo stesso principio sovente presenti svariate epifanie¹⁹. Senza contare poi che letture diverse dello stesso principio possono derivare dal fatto che la Corte di Giustizia è mossa da una “ragion d’Unione”²⁰ in quanto volta a garantire il primato dell’Unione, il che in qualche modo finisce con il sovrapporsi rispetto alla tutela dei diritti garantiti dalla Carta, mentre a livello nazionale prevale la garanzia dei diritti enunciati in Costituzione “come un tutto unitario”²¹. Il fatto è che i “principi-valori” sono privi di fattispecie astratta, nella quale il caso concreto viene susunto attraverso lo strumento logico della asserzione apodittica. Il che significa che il loro campo di applicazione non è definito *a priori*. Non essendo predefinita la situazione (appunto la fattispecie legale) si suol dire che essi hanno una eccedenza di contenuto assiologico²². Sicché se ne deve estrarre il precipitato precettistico rilevante e adeguato al caso specifico. In altre parole, come lo scultore estrae la figura da rappresentare da una lastra di marmo di ben più estese dimensioni, attraverso tutto un lavorio che impiega una pluralità di attrezzi, così l’interprete, avvalendosi di una pluralità di criteri ermeneutici, estrae dal principio la regola da applicare al caso. Il principio – come è stato efficacemente scritto²³ – ha infatti una “virtualità indefinita”, il che esige di essere specificato e determinato in sede applicativa, con riguardo alle circostanze che assumono rilevanza nel contesto di applicazione. Questa opera di estrazione è particolarmente complessa, e non per nulla costituisce uno dei capitoli più dibattuti dell’ermeneutica giuridica²⁴, in quanto nei concetti sottesi ai principi si conden-

ricorrente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che infatti li ha definiti “valori” essenziali in un ordinamento democratico: v. Corte cost., 18 luglio 1997, n. 267.

¹⁹ V. in tal senso, con riguardo al principio di efficienza, A. Morrone, *Verso un’amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 381.

²⁰ Così G. Amato, *Corte Costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, 103.

²¹ Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10.

²² Così E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 316.

²³ V. così G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, cit., 3653.

²⁴ E non da ora: tanto che S. Panunzio, *Principi generali del diritto fascista, (contributo alla loro determinazione)* in *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, cit., 7, così scrive-

sano movimenti culturali, tradizioni, convinzioni filosofiche e religiose (si pensi ad es. alla nozione di sussidiarietà), che costituiscono il substrato delle acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali.

È quindi necessario andare oltre le declamazioni generali ed astratte, che esprimono la virtualità e la forza di espansione dei principi²⁵, e scavare all'interno dei singoli principi per individuare origini, determinarne contenuti, anzi la varietà dei contenuti, nonché elaborare tecniche di ricerca e di misurazione²⁶ (c.d. *standard e test*).

4. *Il paradigma della linea di ricerca seguita da B. Marchetti per cogliere la geometria variabile del principio di proporzionalità*

Paradigmatica di tale linea di ricerca, che impone di abbandonare la logica della fattispecie per aprirsi all'ermeneutica, alla retorica, ma anche alla topica²⁷, e nello stesso tempo esempio virtuoso e foriero di risultati è lo studio di Barbara Marchetti, che si è inerpicata sugli irti pendii del principio di proporzionalità e delle molteplici sembianze in cui si esprime con specifico riferimento alla sua incidenza sull'esercizio dell'attività amministrativa, rilevando anzitutto come detto principio abbia conosciuto e continui a conoscere notevoli oscillazioni quanto a portata e a metodologie di sindacato, nel senso che talvolta viene impiegato il sindacato trifasico di stampo tedesco, talvolta invece si dà luogo ad un controllo di mera adeguatezza, talvolta infine ad un controllo del tutto estrinseco. Non per nulla è stato possibile individuare un principio di proporzionalità forte e un principio di proporzionalità debole in funzione anche della sensibilità della materia, dato che il sindacato sull'esercizio del potere e dunque con esso la indagine in profondità nelle plurime declinazioni del principio è più intenso laddove sono in gioco diritti fondamentali.

In realtà queste problematiche sono strettamente connesse con l'esercizio della discrezionalità e dunque con una tematica che Sabino Cassese ha definito

va: «Su pochi argomenti come su quello dei principi generali del diritto si è, nella filosofia e nella scienza giuridica italiane, discusso e si discute ancora tanto».

²⁵ Per riprendere la terminologia di E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 317.

²⁶ V'è stato chi ha ritenuto di individuare sette sottocategorie di principi: così G.R. Carriò, *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in R. Guastini (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1976, 80 ss. e chi invece ne ha ravvisate sei R. Guastini, in *Commentario cod. civ.*, diretto da P. Cendon, Torino, 1991, 68 ss. Di quest'ultimo autore v. altresì, per un quadro riassuntivo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, e in particolare, Cap. XV, intitolato "Principi del diritto".

²⁷ Come rileva con ampie e raffinate argomentazioni, G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e mercato*, 2015, III, 195.

un autentico assillo per la cultura amministrativa²⁸. Difatti di fronte a “principi-valori”, oltre alla ricerca di tutti i percorsi culturali che li hanno prodotti e vivificati, è poi necessario un confronto con altri valori eventualmente in contrapposizione e dunque da bilanciare, e soprattutto con il caso concreto: ad esempio la proporzionalità della estensione dell’area sottoposta a vincolo culturale indiretto dipenderà in massima parte sia dal pregio, dalla struttura, dalla dimensione del monumento da tutelare, sia dalle caratteristiche ambientali e orografiche delle aree. In tal senso è illuminante l’insegnamento di Sergio Bartole secondo cui «ogni principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a situazioni concrete di fatto, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività, aggiungendo ulteriori specificazioni ovvero derogando alla normativa di dettaglio già in vigore»²⁹. Altrettanto efficaci per comprendere l’operazione di applicazione del principio al caso concreto sono le parole di G. Zagrebelsky «Il principio, al contrario, è un bene iniziale che chiede di realizzarsi attraverso una attività consequenzialmente orientate»³⁰. Sicché criteri metodologici o test possono dare la grammatica e la *consecutio temporum* ma non lo svolgimento del tema. Tuttavia, *standards* e criteri di percorso delle decisioni sono funzionali ad oggettivare al massimo la decisione stessa e nello stesso tempo a renderla più agevolmente e più intensamente scrutinabile sia in sede giurisdizionale che politica. Così lo stesso *test* di proporzionalità trifasico di origine tedesca che in via sequenziale verifica idoneità, necessarietà, adeguatezza, ripreso di recente anche dalla nostra giurisprudenza³¹, è utile per ricostruire *ex post* il percorso logico seguito, e valutarne la corrispondenza con il principio – assoluto – delle determinazioni discrezionali che è rappresentato dalla ragionevolezza.

5. I c.d. principi “istituto”: complessità e molteplicità del loro essere nei contributi di A. Bartolini, F. Figorilli, A. Cassatella, A. Giusti

Ma i principi europei non sono solo quelli che ho rammentato, appunto riconducibili alla categoria dei “principi-valori”. Vi sono infatti dei principi che potrei definire principi “istituto”, i quali cioè non si traducono né in valori né in regole

²⁸ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444.

²⁹ S. Bartole, *I principi generali del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss., ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Napoli, 2013, 85.

³⁰ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 236, che così aggiunge: «Il principio è come un blocco di ghiaccio che, a contatto con le circostanze concrete della vita, si spezza in molti frammenti, in ciascuno dei quali si trova la stessa sostanza del blocco originario».

³¹ TAR Lazio, Sez. II, 9 settembre 2020, n. 9385.

di immediata applicazione al verificarsi dei fatti descritti dal comando normativo secondo la logica del “o tutto o niente” per riprendere la nota formula di R. Dworkin³², ma evocano istituti come appunto responsabilità, giusto procedimento, motivazione, non annullabilità³³. Per essere più precisi: i principi sopradetti in quanto riconducibili ad un istituto sono una sorta di contenitori di principi perché l’istituto si presta ad essere riempito e declinato alla luce di principi che incombono sull’istituto stesso. Ed è questa la ragione per cui si osserva che i principi come responsabilità o giusto procedimento sono intrisi da sacche di resistenza, confini, reti di contenimento, eccezioni³⁴, tutte “nervature” derivanti dalla contingenza del confronto con tali principi. Basti pensare ad es. al temperamento tra contraddittorio e urgenza di provvedere (che è un derivato del principio di buona amministrazione), sicché ancora una volta emerge la necessità di definire e parametrare i “principi-valori” per la loro capacità di conformare, e se del caso, temperare i principi “istituto” (come del resto tutte le norme dell’ordinamento).

In tal senso sono sintomatiche le relazioni di Antonio Bartolini e di Fabrizio Figorilli, dedicate rispettivamente ai principi di responsabilità e di giusto procedimento, tutti convergenti nel mettere in luce i contrappassi più o meno giustificati all’affermazione piena di tali principi e comunque l’esigenza di individuarne *standards* unici di misurazione.

Mentre per quanto riguarda l’obbligo di motivazione, oggetto della approfondita analisi di Antonio Cassatella, e in astratto suscettibile di essere ascritto nel novero dei principi-regole, in realtà non è tale perché tale obbligo non è riconducibile ad unità in quanto si scontra con le diverse categorie di atti amministrativi sia per natura sia per effetti. Ad esempio, un conto sono gli atti normativi e un altro gli atti amministrativi generali, un conto gli atti ampliativi, un altro quelli sacrificativi. Talché potrebbe dirsi che si tratta di un obbligo a geometria variabile (dipendendo dalla ricorrenza di altri principi quali la proporzionalità, l’affidamento, ecc.), ed infatti la giurisprudenza gradua l’intensità dell’obbligo di motivazione a seconda del caso di specie³⁵.

³² R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93.

³³ Da quanto detto nel testo emerge che non è da ritenersi assoluta la distinzione tra principi e regole essendovi dei principi che in realtà esprimono una regola: es. il *ne bis in idem* o i principi in tema di successione delle leggi nel tempo o quelli che dettano i criteri per la interpretazione. Né, perlomeno con riguardo alla azione amministrativa, è condivisibile la tesi per cui i principi-regole sarebbero frutto di una tipizzazione legislativa (in quest’ultimo senso v. invece G. Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2014-2016, 184 ss.): basti pensare al principio del *contrarius actus*, o ai vari principi in tema di organi collegiali.

³⁴ Eccezioni del resto sono tuttavia rinvenibili anche nei confronti dei principi “regole”: basti pensare al principio di irretroattività che per quanto valore fondamentale di civiltà giuridica, conosce eccezioni (si intende al di fuori della materia penale): radicati nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale: v. Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264.

³⁵ V. da ultimo, TAR Lazio, Sez. I, 7 aprile 2021, n. 4107 che parla di “alleggerimento” della motivazione.

E nel contempo tale obbligo è cedevole di fronte al principio di speditezza dell'azione amministrativa, come dimostra la nota giurisprudenza in materia di motivazione tramite il solo punteggio numerico, senza contare che la giurisprudenza ha individuato la categoria della motivazione *ex post* (ovvero della motivazione a sanatoria) quando riferibile al solo discorso giustificativo³⁶.

Sicché anche con riguardo ai principi "istituto" è indispensabile ancora una volta procedere alla loro caratterizzazione attraverso una indagine su origine, finalità, varie declinazioni che possono assumere e indi determinare confini e eccezioni attraverso un continuo confronto con i "principi-valori".

Per non dilungarmi e concentrare la mia attenzione solo su una delle tante esemplificazioni, è paradigmatico il contributo di Fabrizio Figorilli, laddove rileva da un lato come l'assenza di garanzie procedurali nelle interdittive antimafia costituisca un *vulnus* al principio sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e dall'altro che l'ordinanza di irricevibilità della Corte di Giustizia³⁷, con la motivazione che tratterebbesi di materia estranea alla competenza dell'Unione trascura sia i precedenti, sia le fisiologiche intime connessioni tra interdittiva e iniziativa economica, materia sicuramente unionale, sia il principio del vaso comunicante tra principi europei e ordinamenti degli Stati membri. Ma nello stesso tempo, a mio avviso, v'è da tener presente il valore rappresentato dalla difesa dalle infiltrazioni mafiose, che attraverso la *summa* di un complesso di disposizioni è venuto ad atteggiarsi come principio generale del nostro ordinamento, a sua volta radicato nel valore primario "sicurezza", valore del resto evocato dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: e se è vero che per molto tempo è stato inteso come sicurezza da arbitrarie limitazioni della libertà personale da parte della pubblica autorità sulla base del contesto complessivo di tale articolo intitolato "Diritto alla libertà e sicurezza", è anche vero che più di recente la Corte di Giustizia (nella composizione in Grande Sezione), dopo aver ricordato che «la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace costituisce un obiettivo di interesse generale dell'Unione» e che «lo stesso vale per la lotta contro la criminalità grave al fine di garantire la sicurezza pubblica», ha affermato che «a tal proposito [...] l'articolo 6 della CDFUE enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla sicurezza»³⁸. Sicché la esigenza di sicurezza funge come controlimite al principio del giusto procedimento³⁹ (anche se sarebbero

³⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

³⁷ Corte Giust., 28 maggio 2020 in C-17/20, MC. c. Pref. Foggia.

³⁸ Corte Giust., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitiinger e a., C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, § 42. Tale conclusione è stata anticipata, tra gli altri, da A. D'Aloja, *La sicurezza tra i diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, cit., 1091.

³⁹ Una serie di rilievi in tale direzione in M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*; in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

auspicabili procedure più trasparenti e improntate ad un tasso più ridotto di discrezionalità)⁴⁰.

Non è invece necessario che mi intrattenga sull'istituto della responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni, i cui confini e le cui reti di contenimento Antonio Bartolini ha ampiamente evidenziato, salvo ricordare il contributo del diritto europeo alla sua lettura *quam maxime* estensiva non solo con riguardo alla lesione di interessi legittimi ma addirittura fino ad includere la responsabilità del legislatore, in tal maniera innovando radicalmente i principi del nostro ordinamento. Una notazione però va aggiunta: quando si parla di responsabilità civile, la sua confinazione presuppone una determinazione della situazione soggettiva di cui si assume la lesione, sicché reti di contenimento o limitazioni possono anche derivare da una diversa qualificazione di tale *status*: ad esempio, se si tratta di una lesione dell'affidamento o del patrimonio o di una *chance* o di un interesse legittimo pretensivo o di un interesse procedimentale (sintomatico è il dibattito sulla natura della situazione di chi si è visto annullare, in sede di autotutela o in sede di giustizia amministrativa, un provvedimento ampliativo)⁴¹.

Quanto al non annullamento, oggetto dello studio di Annalisa Giusti, ove riferito all'annullamento *pro-futuro*, frutto di una giurisprudenza attenta alla sostanza delle cose e all'effettività della tutela, mutuata dalle regole del processo davanti ai giudici dell'Unione Europea, trattasi di un istituto tutt'altro che colaudato come risulta dalla vivace reazione suscitata in dottrina⁴². Sicché allo stato non può essere considerato espressione di un principio vigente nel nostro ordinamento. Mentre può considerarsi un principio acquisito il non annullamento per violazione del contraddittorio, laddove la partecipazione degli interessati o la considerazione di alcune informazioni rilevanti non avrebbero potuto condurre il procedimento ad esiti diversi⁴³. Sempre in tema di annullamento (e anzi in linea antitetica al non annullamento, ma nello stesso tempo indicativa per confinarlo) è altresì rilevante ricordare che l'obbligo di riesame dell'affare ai fini della tutela decisoria affermatosi nella nota sentenza Kuhne & Heitz⁴⁴ ha avuto

⁴⁰ V. sul punto M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 1471; F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in www.giustamm.eu, 6, 2018, 10 ss., nonché la recentissima ordinanza TAR Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732, che ha sollevato questioni di costituzionalità sotto vari profili dell'art. 92 del Codice antimafia.

⁴¹ V. la motivatissima ordinanza del Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 3702, che sottopone all'Adunanza Plenaria la questione della risarcibilità a favore del destinatario dell'annullamento alla luce della situazione soggettiva da considerarsi lesa, prospettando in maniera prismatica varie soluzioni.

⁴² V. ad esempio, A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e non annullamento dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 8, 2011, 927 ss.

⁴³ Trib. UE, T-162/06; CGUE, C-302/99, Commissione c. Francia.

⁴⁴ Corte Giust. CE, 13 gennaio 2004, in causa C-453/00.

l'effetto "esistenziale" di abbattere il muro della assoluta discrezionalità dell'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela, anche al di fuori dell'area dei provvedimenti divenuti *ex post* comunitariamente illegittimi. In altri termini il principio affermato dalla sentenza Kuhne & Heitz, pur avendo una sfera di applicazione limitata, ha avuto un effetto definibile *ultra vires* nel senso che ha svolto una funzione maieutica verso la emersione di tutta una serie di fattispecie di annullamento doveroso che trovano titolo nella necessità di tutelare valori sensibili e preminenti⁴⁵ o nell'esigenza di porre rimedio a benefici economici erogati *contra legem* e ancor più se contro le norme europee⁴⁶.

6. Conferma dell'appropriatezza del richiamo di M. Ramajoli al "libertinismo giuridico" propugnato da F. Cammeo secondo la lettura di M. Nigro

Fatto si è che i contributi presentati dai colleghi, tutti incentrati a chiarire *quam maxime* la portata dei principi oggetto delle specifiche relazioni, e con essa la metodologia di individuazione, nonché le aporie, le incertezze, e le oscillazioni qua e là riscontrabili, sono tutti forieri di soluzioni in funzione del valore della prevedibilità e dunque della stessa certezza del diritto, e quindi attraverso un metodo che muove dal carattere prismatico dei principi per affermarne in concreto i molteplici significati e le altrettanto molteplici operatività. Ma sono pure una conferma della esigenza di "libertinismo giuridico" per riprendere il raffinato, quanto efficace, sintagma riconducibile a Nigro⁴⁷, con riguardo ad un passo del Corso di diritto amministrativo di F. Cammeo, rievocato e dispiegato da Margherita Rama-

⁴⁵ Indicazioni in tal senso provengono anche dal combinato disposto degli artt. 19, comma 4, e 21 *nonies*, legge n. 241/1990 anche se invero qui non si tratta di un potere di autotutela decisoria, bensì di autotutela esecutiva da adottare secondo i criteri dell'annullamento d'ufficio.

⁴⁶ V. sul punto diffusamente S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincolo e discrezionalità*, Napoli, 2015, il quale rileva come non sempre si tratti davvero di annullamenti "vincolati", ma che divengono tali a seguito di una valutazione in concreto della situazione e dei contrapposti interessi: tuttavia talvolta sia in giurisprudenza che in dottrina viene rimarcato l'automatismo della misura di autotutela quando predicandone in maniera categorica la natura di atto dovuto così: TAR Sardegna, Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 27 (nella specie l'annullamento riguardava la concessione di un contributo erogato in difformità della norma europea, stante l'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 4, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea), quando invece ricorrendo al concetto di "attenuazione dell'obbligo motivazionale" (così Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4344; v. anche Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2001, n. 2093), il che in concreto significa non motivazione e prima ancora non comparazione e dunque assenza di discrezionalità. Per ulteriori rilevanti indicazioni circa le fattispecie di doverosità di annullamento d'ufficio, M. Allena, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

⁴⁷ V. *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 86.

joli⁴⁸, in quanto espressivo dell'esigenza giuridica ma anche sociale, culturale e persino morale, a che "di fronte alla *minuzia* di norme giuridiche che sacrificano l'interesse pubblico nel caso concreto" si deve "reclamare un maggior arbitrio come una liberazione"⁴⁹, risultato appunto conseguibile attraverso il ricorso ai principi. In fondo è lo stesso messaggio che riscontriamo nei tanti e densi scritti di Paolo Grossi, laddove ravvisa nei principi e nella loro struttura aperta il recupero di «*una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale*»⁵⁰. In conclusione, il quadro complessivo che emerge da vari contributi si configura come un apporto innovativo e rilevante dello stato delle acquisizioni in punto di principi in generale e di rapporti tra principi nazionali e principi eurounitari, e soprattutto della loro essenzialità ai fini di una adeguata, equa e dinamica lettura giuridica dei casi della vita.

7. *Verso ulteriori programmi di ricerca di principi impattanti sull'attività amministrativa derivanti dalla CEDU e in genere da norme internazionali pattizie*

Peraltro, la odierna iniziativa va considerata come un primo passo, sia perché non ha esaurito la schiera dei principi di derivazione eurounitaria da scrutinare, sia perché una futura iniziativa dovrà riguardare anche i principi quali emergono dalla CEDU. È vero che essi costituiscono solo norme interposte e dunque non è possibile procedere alla loro applicazione diretta, né all'attivazione di un controllo diffuso di costituzionalità, di talché di fronte ad un dubbio sulla compatibilità di una norma interna con il diritto della CEDU il giudice è chiamato innanzitutto a ricercare un'interpretazione conforme e, in seconda battuta, a sollevare una questione di legittimità costituzionale. Ma è del pari vero che nella fase più recente, quasi a mo' di controlimite dell'"erompere con effetto dirompente" della giurisprudenza della CEDU su tante aree del nostro ordinamento, la Corte costituzionale, dopo aver escluso, malgrado l'art. 6 del Trattato di Lisbona⁵¹, una novazione delle norme internazionali pattizie in comunitarie⁵², ha

⁴⁸ M. Ramajoli, *L'attuazione della legge n. 241/1990 e la necessità del libertinismo giuridico*.

⁴⁹ Così F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, 1960 (ma 1912), 192.

⁵⁰ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, 66 ss.

⁵¹ Ai sensi del quale l'Unione «aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (par. 2).

⁵² Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80.

affermato che i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo per acquisire effetti nel nostro ordinamento debbono essere consolidati, e ciò onde evitare che le decisioni di tale Corte si trasformino in «passivi ricettori di un comando esecutivo impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato»⁵³, con tutte le problematiche che ne derivano messe in luce criticamente dalla dottrina⁵⁴. Ma a parte che, per la stessa Carta europea dei diritti fondamentali (art. 52), vi è una equivalenza di portata e di significato tra i diritti garantiti da quest'ultima e corrispondenti diritti garantiti dalla CEDU, e che inoltre non mancano nella nostra stessa legislazione rinvii mobili ai principi CEDU (v. art. 1 del Codice del processo amministrativo), sta il fatto che gli impatti sulla legislazione amministrativa dei principi estraibili dalla CEDU sono indubbi. Tra i casi più noti, l'allineamento della indennità di espropriazione al valore venale del bene, che la Corte costituzionale aveva fino alle due sentenze gemelle del 2007 sempre negato, la caducazione dell'istituto di origine giurisprudenziale dell'accessione invertita o occupazione acquisitiva, la estensione del concetto di proprietà e connesse garanzie a situazioni non corrispondenti *in toto* alla definizione civilistica di proprietà bensì degne di legittima aspettativa (caso Valle Pierimpì)⁵⁵, l'affermazione del diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare in sanzioni amministrative di carattere punitivo⁵⁶, la sottoposizione delle sanzioni amministrative più gravi secondo i c.d. criteri *Engel* alle garanzie tipiche del processo penale, il che, oltre all'applicazione del principio della *lex mitior*⁵⁷, potrebbe condurre a ravvisare il contrasto con le esigenze di imparzialità richiesta dall'art. 6 CEDU laddove si sia di fronte ad un consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno a una stessa istituzione come avviene, tra l'altro, in sede di sanzioni Consob, AGCM, IVASS⁵⁸. E potrebbe altresì determinare un totale

⁵³ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

⁵⁴ V. per tutti A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. contemp.*, 3-4, 2015, 7, secondo cui la Corte costituzionale si farebbe, a suo dire, «portatrice di un nazionalismo costituzionale esasperato»; v. anche D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quad. cost.*, 2015, 402.

⁵⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 settembre 2014.

⁵⁶ V. la recentissima Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84.

⁵⁷ V. in tal senso TAR Lazio, Sez. II *ter*, 29 aprile 2021, n. 4990.

⁵⁸ Per il vero, malgrado le serrate critiche da parte della dottrina, (v. per tutti, F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, III ed., Torino, 2018), si tratta di tesi reiteratamente respinta dalla Cassazione (v. ad esempio, Cass. civ., Sez. II, 21 marzo 2019, n. 8046; Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237; Cass. civ., Sez. II, 21 giugno 2019, n. 16750; Cass. civ., Sez. II, 24 settembre 2019, n. 23814) e dal Consiglio di Stato (v. ad esempio Sez. VI, 11 marzo 2021, n. 2081), facendo leva sia sulla ritenuta autonomia tra responsabile della fase istruttoria e organo decisorio sia soprattutto sul rilievo che la carenza di garanzie

rovesciamento di convincimenti acquisiti circa la irrilevanza dell'elemento soggettivo nelle sanzioni edilizie dotate di carattere afflittivo, come la acquisizione gratuita o le sanzioni pecuniarie pari al doppio del plus valore conseguito con la costruzione abusiva e anche la sanzione della demolizione nell'ipotesi di assenza di conformità allo strumento urbanistico del tempo dell'abuso, per quanto conforme alla strumentazione vigente al tempo della domanda dell'accertamento di conformità, sanzione che non può che considerarsi come afflittiva, in quanto l'opera viene ad essere demolita malgrado sia in linea con la regolazione urbanistica. E in ogni caso i principi CEDU (ma anche i principi estraibili da Trattati internazionali, ove caratterizzati da specificità e non lascino margine di disciplina agli Stati contrenti: ad esempio il Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici⁵⁹). svolgono una funzione interpretativa che si affianca alla interpretazione conforme a Costituzione e alla interpretazione conforme ai Trattati europei.

In conclusione, le "province" da acquisire e regimare non mancano: e questo è il compito delle giovani generazioni i cui esponenti "*optimates*" ho avuto il piacere di ascoltare e nel contempo far tesoro del loro florilegio di riflessioni.

procedimentali sarebbe compensata dalla possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione.

⁵⁹V. sul punto la elaborata ricostruzione di A. Fusco, *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 2021, I, spec. 167 ss., Id., *Il mito di Procuste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2010, 250 ss.; nonché P. Ivaldi, *Le norme pattizie come parametro nella giurisprudenza costituzionale: profili internazionalistici*, in G. Palmisano (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, 2020, 389 ss.