



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2026 fascicolo speciale n. 2

a cura di

Elena Bindi, Damiano Canale, Paola Lombardi, Marco Mancini e Francesca Poggi

**L'INTENZIONE DEL LEGISLATORE
NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA**



Febbraio 2026

**L'intenzione del legislatore
nella giurisprudenza italiana**

a cura di

Elena Bindi, Damiano Canale, Paola Lombardi, Marco Mancini e Francesca Poggi

Febbraio 2026

ISSN: 1971-9892

Editore: Consulta OnLine – C.F. 90078670107
Via Balbi 22 – 16126 Genova

Fondatore: prof. Pasquale Costanzo
Direttrice responsabile: prof.ssa Lara Trucco

info@giurcost.org

In copertina:

La Magnanimité de Lycurgue

Jean-Jacques Le Barbier (1791)

SOMMARIO

NOTA DEI CURATORI

III

ELENA BINDI, DAMIANO CANALE, PAOLA LOMBARDI, MARCO MANCINI E FRANCESCA

PRIMA SESSIONE

Presentazione dei risultati della ricerca PRIN2022 “Looking for Legislative Intent: An Empirical Account”

FRANCESCA ASTA, LEONARDO MARCHETTONI, BRANDO MAZZOLAI, MARIA FRANCESCA TROPEA

7

L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corti apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca

SECONDA SESSIONE

Interventi

ENRICO DICIOTTI

37

L'intenzione dell'autorità normativa come finzione nel discorso degli interpreti e come limite dell'interpretazione

GAETANO CARLIZZI

53

Intenzione del legislatore e interpretazione penalistica

FRANCESCA ASTA, FRANCESCO FERRARO, SILVIA ZORZETTO

67

Razionalità legislativa e intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale

VALENTINA CALDERAI

95

La mappa e il territorio. Nota breve sull'intenzione del legislatore nel diritto privato

DAMIANO CANALE, LEONARDO MARCHETTONI, GIOVANNI TUZET

109

Intenzioni legislative e ragionamento controfattuale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione civile

ANDREA MORRONE

121

L'intentio legislatoris al tempo della ragionevolezza: il valore della coerenza dell'*ordo iuris*

<u>MARIELLA LAMICELA</u>	131
Il rilievo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giustificazione delle soluzioni interpretative elaborate dalla Consulta sulla questione del "fine vita"	
<u>MARCO MANCINI</u>	159
Alla ricerca dell'"intenzione del legislatore" nella giurisprudenza della Corte costituzionale: orientamenti di fondo e casi emblematici	
<u>BRANDO MAZZOLAI</u>	181
La XII disposizione transitoria e finale tra intenzione del legislatore storico e applicazione giurisprudenziale	
<u>VERA FANTI</u>	217
Il valore del vincolo del precedente nella giurisprudenza amministrativa: una nuova esegesi tra esigenze di certezza e libertà dell'interprete	
<u>GIULIO ITZCOVICH</u>	227
Mutamento e continuità negli usi delle intenzioni del legislatore presso il Consiglio di Stato	
<u>PAOLA LOMBARDI</u>	251
Edilizia ed intenzione del legislatore: il ruolo del Consiglio di Stato	
<u>MARIA FRANCESCA TROPEA</u>	263
L'intenzione del legislatore nelle pronunce del Consiglio di Stato: il caso degli accessi ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni	
<u>ELENCO DEGLI AUTORI DEI CONTRIBUTI</u>	277

NOTA DEI CURATORI

Questo fascicolo speciale raccoglie le relazioni del convegno “L’intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana”, tenutosi a Venezia il 5 e 6 febbraio 2026.


In occasione del convegno, sono stati presentati e discussi i risultati del progetto MIUR-PRIN 2022 “*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*”, che ha coinvolto l’Università Bocconi, l’Università degli Studi di Brescia, l’Università degli Studi di Milano, l’Università degli Studi di Siena e l’Università degli Studi “Ca’ Foscari” di Venezia.

Il progetto ha perseguito i seguenti obiettivi: 1) elaborare una schema di analisi della motivazione delle decisioni giudiziali capace di catturare gli aspetti salienti dell’argomento dell’intenzione del legislatore; 2) identificare e raccogliere in un database pubblico tutte le decisioni delle corti superiori italiane, relative al decennio 2014-2023, nelle quali l’argomento viene impiegato; 3) ricostruire i diversi usi dell’argomento, valutando la loro rilevanza, dal punto di vista statistico, in seno alla giurisprudenza; 4) infine, impiegare i risultati della ricerca empirica per affrontare questioni teoriche relative alla natura dell’intenzione del legislatore e al suo rapporto con altri standard argomentativi.

Il fascicolo si articola in due sezioni: la prima include il report sintetico dei risultati della ricerca empirica, redatto dagli assegnisti di ricerca delle diverse unità coinvolte. La seconda sezione raccoglie contributi formulati sia da alcuni studiosi sia esterni al progetto sia dai componenti delle singole unità che, muovendo dai risultati della ricerca, ne mostrano la fertilità con riguardo a questioni teoriche e pratiche attigue.

Nel complesso, il fascicolo si propone di porre in luce l’importanza della ricerca empirica nello studio del diritto, come pure l’esigenza che tale ricerca si avvalga di strumenti teorici adeguati per risultare significativa, contribuendo così allo sviluppo delle scienze giuridiche.

La ricerca è stata realizzata nell’ambito del NextGenerationEU – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Componente 2, Investimento 1.1 Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) - CUP Master N. J53D23006110001 - Codice Progetto 2022ZPA2N4.

*  *I contributi qui raccolti hanno ricevuto una valutazione preliminare da parte dei discussant e dei responsabili delle unità di ricerca del progetto, in vista della loro presentazione al Convegno; successivamente, sono stati oggetto di un’ulteriore revisione, condotta congiuntamente dagli Autori e dal medesimo comitato scientifico dell’evento.*

L’edizione digitale dell’e-book è stata curata da Marco Ladu

E. B. - D. C. - M. M. - P. L. - F. P.

Giulio Itzcovich
Mutamento e continuità negli usi delle intenzioni del legislatore
presso il Consiglio di Stato

SOMMARIO: 1. Imperativismo e intenzioni del legislatore. - 2. Metodo e obiettivi di uno studio metagiurisprudenziale. - 3. Analisi della giurisprudenza recente del Consiglio di Stato. - 3.1. Le intenzioni ridondanti. Uso formulare e riassuntivo delle intenzioni del legislatore. - 3.2. Il pathos della deferenza. Le intenzioni del legislatore come argomento accessorio o autonomo. - 3.3. Le intenzioni del legislatore come oggetto del controllo giudiziale. - 4. Analisi della giurisprudenza risalente. - 4.1. La giurisprudenza della Quarta Sezione (1897-1898). - 4.2. La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (1950-1952). - 5. Discussione critica.

This article investigates change and continuity in the use of legislative intent in the jurisprudence of the Italian Council of State from the late nineteenth century to the present. It explores the connection between the argument from legislative intent and the imperative theory of law, and asks whether its development mirrors broader changes in legal thought and institutional structure.

1. Imperativismo e intenzioni del legislatore

Per giustificare o spiegare il ricorso all'argomento delle intenzioni del legislatore (AIL) nella prassi giudiziale, non è necessario aderire alla teoria imperativista e concepire il diritto come un insieme di comandi deliberatamente posti o autorizzati da un'autorità sovrana. L'argomento può essere fondato anche in una prospettiva normativista o istituzionalista, ad esempio sulla base di considerazioni di natura democratica, se il legislatore è un'autorità responsabile o controllabile democraticamente¹, o di considerazioni pragmatiche, se è un'autorità esperta nella materia su cui interviene². In una prospettiva giusrealista, è possibile sostenere che il giudice debba comprendere gli obiettivi delle

¹ R. EKINS, *Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 9: "The legislature is the pre-eminent lawmaking body in any good polity, as well as the central political institution, the deliberation and action of which is the focus of democratic political life"; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006, pp. 145 s., secondo cui "consideration of legislative intent in statutory interpretation is based on the need to give expression to the intent of the *democratic* legislator"; M. GREENBERG, *Legal Interpretation*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, § 4.1.4, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-interpretation/>, § 4.1.4: "A familiar democratic idea, for example, is that courts should faithfully carry out the intentions of the people's chosen representatives"; T. A. ALEINIKOFF, *Updating Statutory Interpretation*, in "Michigan Law Review", 87, 1988, p. 23, secondo cui l'intenzionalismo si basa sul rispetto per la supremazia del potere legislativo.

² vedi A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 134 ss., sulla giustificazione dell'AIL basata sull'expertise del legislatore; W. N. ESKRIDGE, JR., P. FRICKEY, *An Historical and Critical Introduction to The Legal Process*, in H. M. HART, JR., A. M. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press, Westbury, 1994, pp. LX-LXI, sulla rilevanza, ai fini dell'interpretazione, delle considerazioni relative alla "special competence or expertise" del potere giudiziario e legislativo; C. R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in "Michigan Law Review", 101, 2003, pp. 885 ss., spec. pp. 886, sulla questione della maggiore o minore "capacità istituzionale" dell'interprete; A. VERMEULE, *Law and the Limits of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 11 ss., sulla "superiorità epistemica del legislatore". Non sembra fondamentale diversa l'impostazione della *normal justification thesis* di J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 53 ss.: se la legittimità dell'autorità dipende dal fatto che le sue direttive mettono i destinatari in una posizione migliore rispetto alle ragioni che già li vincolano, ciò può includere, in alcuni ambiti, anche una superiore competenza informativa o pratica del legislatore. La competenza tecnica è spesso la ragione addotta a favore della deferenza anche nei confronti delle interpretazioni provenienti dall'esecutivo: A. BAMZAI, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, in "Yale Law Journal", 126, 2017, pp. 908-1001, pp. 928, *passim*.

politiche legislative per collaborare alla loro realizzazione o, in chiave esplicativa anziché giustificativa, è possibile scorgere nell'AIL uno strumento in più per occultare la discrezionalità dell'interprete, presentando le proprie conclusioni come mera esplicitazione di ciò che l'autorità normativa avrebbe inteso dire o realizzare³. A volte il ricorso alle intenzioni del legislatore viene giustificato facendo riferimento alla dottrina della separazione dei poteri, cioè su basi costituzionalistiche di per sé in tensione con l'imperativismo⁴. Insomma, l'AIL non è concettualmente vincolato a una teoria imperativista del diritto. E tuttavia esiste un rapporto stretto, se non di derivazione logica quantomeno di implicazione pragmatica, o significativa influenza storica, tra tale argomento e la concezione imperativista del diritto⁵.

Infatti se, d'accordo con la teoria imperativista, definiamo il diritto come insieme di comandi indirizzati dal sovrano ai sudditi e ai funzionari, è naturale che, in caso di dubbio sul loro contenuto o applicabilità in determinate circostanze, ci si rivolga alle intenzioni di chi li ha posti. Se la volontà del sovrano è il fondamento della validità del diritto, o il criterio supremo per identificare ciò che vale come diritto, è probabile che tale volontà venga richiamata anche come criterio interpretativo. E viceversa: se le intenzioni del legislatore sono abitualmente usate per risolvere dubbi interpretativi e incertezze della prassi giudiziale, è verosimile che esse appaiano come fonte ultima di validità o criterio determinante per definire ciò che conta come diritto valido.

Ciò sembra logico e naturale e, del resto, è confermato da una rapida ricognizione dei classici della dottrina imperativista. Senza dilungarci su questo⁶, ricordo che per Hobbes “non è nella lettera, ma nell'intendimento e nel senso, vale a dire nell'autentica interpretazione della legge (ossia nel significato inteso dal legislatore) che consiste la natura della legge”⁷. Hobbes non esclude la

³ Vedi, ad esempio, K. N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in “Vanderbilt Law Review”, 3, 1950, p. 395 ss.: l'interprete deve tener conto della policy della legge “or else substitute its own version of such policy”; “talk of ‘intent’ is reasonably realistic” quando rinvia a un “known goal to be attained”; l'esplicitazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore fa parte del *Grand Style* giurisprudenziale promosso da Id., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown & Co. 1960, e “New statutes bind by their intent” è un verso del poema riportato da W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 240. Sebbene l'autore non sia riconducibile al realismo giuridico, è di stampo realistico l'osservazione di J. F. MANNING, *Without the Pretense of Legislative Intent*, in “Harvard Law Review”, 130, 2017, p. 2400, secondo cui, nei casi difficili, le intenzioni del legislatore sono “a fiction, something judges invoke to elide the fact that they are constructing rather than identifying a legislative decision”; ivi, p. 2408, i richiami a John Chipman Gray (“when the judges are professing to declare what the Legislature meant, they are, in truth, themselves legislating to fill up *casus omissi*”) e a Max Radin. Secondo Alf Ross, i *travaux préparatoires* tendono ad essere rilevanti solo quando manca una soluzione interpretativa “clearly preferred by the judge as being the practically most valuable one”; peraltro, l'interpretazione c.d. “oggettiva”, che fa a meno dei lavori preparatori e non è interessata alle intenzioni del legislatore storico, è ancora più vaga ed arbitraria di quella c.d. “soggettiva”, “contrary to what the terminology might lead one to believe”. Vedi A. ROSS, *On Law and Justice* (1953), Oxford, Oxford University Press, 2019, rispettivamente a p. 166 e p. 144.

⁴ Ad esempio, L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 139: “If one is interpreting, one is seeking the author’s intended meaning. When one is constructing a meaning that may not be the meaning intended by the author of the signs in question, one is not interpreting but establishing a rule”.

⁵ Questa è un'osservazione diffusa; vedi ad es. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 282.

⁶ Per una letteratura approfondita delle dottrine imperativistiche ottocentesche, anche in rapporto al tema dell'interpretazione giuridica, vedi P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I: Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁷ T. HOBBS, *Leviathan*, a cura di R. Tuck, Oxford, Oxford University Press, 1996, cap. XXVI, § 20, p. 182. Sull'interpretazione del diritto, vedi anche T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England*, Oxford, Clarendon, 2005, pp. 16 s.: i giudici sono tenuti a interpretare una legge in conformità al suo “significato e senso”; il preambolo, l'epoca in cui la legge è stata emanata e le “*Incommodities*” cui essa mira a porre rimedio costituiscono i fondamenti dell'interpretazione. Per una contestualizzazione storica e dottrinale, vedi M. M. GOLDSMITH, *Hobbes on Law*, in T. SORELL, a cura di, *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, Cambridge

possibilità di interpretare le leggi secondo giustizia, perché sarebbe “altamente offensivo” se un giudice assumesse che il legislatore vuole altro che la giustizia⁸, e perciò concepisce l’equità come prima virtù del giudice⁹; tuttavia, invita l’interprete a non sostituire alla volontà del sovrano il proprio senso di giustizia personale o quello incorporato nel *common law*, perché “a far legge non è la *juris prudentia*, o saggezza dei giudici subordinati, ma la ragione e il comando di questo nostro uomo artificiale, lo Stato”¹⁰. Quindi un buon giudice, in quanto “subordinato”, presta attenzione “alla ragione che muoveva il suo sovrano a fare una certa legge”¹¹, alle “cause finali per cui fu stabilita la legge”¹², vale a dire alle intenzioni del legislatore. Analogamente, per Pufendorf la legge è il comando con cui un superiore obbliga un soggetto subordinato a conformare le proprie azioni alle sue prescrizioni. Per comprenderne la portata, è necessaria sia la conoscenza della legge, cioè della lettera, sia la conoscenza del legislatore, cioè delle intenzioni: se vi è qualcosa di oscuro nella legge, si dovrà richiedere un’interpretazione al legislatore o ai suoi delegati, i giudici dello Stato, perché “tutta la forza della legge consiste nel far conoscere ciò che il superiore vuole che facciamo”¹³. Infine, secondo John Austin le leggi propriamente dette sono comandi sostenuti da sanzioni, e ogni comando è espressione di un desiderio.¹⁴ Nell’interpretazione dello *statute law*, il compito del giudice è essenzialmente quello di individuare e dare esecuzione all’intenzione del legislatore, di cui l’indice più affidabile è il significato proprio delle parole¹⁵.

Insomma, sembra esserci un legame storico-concettuale – se non una relazione logica, almeno un’“affinità elettiva” – tra l’AIL e la teoria imperativista del diritto. Tale legame consiste in una connessione rilevante sotto il profilo causale tra l’idea che il diritto sia ciò che il legislatore ha inteso comandare e l’idea che, in caso di dubbio sul contenuto di tali comandi, sia opportuno guardare alle intenzioni del legislatore. Possiamo quindi ipotizzare che le sorti dell’AIL siano in qualche modo collegate a quelle della teoria imperativista. Uso l’espressione generica “in qualche modo collegate” perché non è chiara la direzione del nesso causale. Il successo o il declino della teoria imperativista potrebbe spiegare perché i giudici facciano un uso più o meno ampio dell’AIL; oppure, viceversa, variazioni nell’uso di tale argomento potrebbero spiegare perché la teoria imperativista sia più o meno credibile agli occhi dei giuristi che riflettono sulla natura del diritto. Né possiamo escludere l’esistenza di correlazioni spurie tra i due fenomeni, che anzi sono alquanto probabili: le variazioni, cioè, potrebbero dipendere da un terzo elemento di varia natura, come la presenza di un legislatore particolarmente prestigioso o inaffidabile, un cambiamento di regime che spinge gli interpreti ad allinearsi al nuovo corso o a resistere ad esso, o la diffusione di una qualche ideologia politica come

University Press, 1996, pp. 274-304; D. KLIMCHUK, *Hobbes on Equity*, in D. DYZENHAUS, T. POOLE, a cura di, *Hobbes and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 176 ss.

⁸ T. HOBBS, *Leviathan*, cit., § 26, p. 186.

⁹ *Ivi*, § 28, p. 187.

¹⁰ *Ivi*, § 11, p. 179.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ivi*, § 21, p. 183.

¹³ S. PUFENDORF, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (1673), a cura di J. TULLY, Cambridge University Press 1991, pp. 27-29. Vedi G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 106 ss.; P. CHIASSONI, *L’indirizzo analitico*, cit., pp. 236 ss.; C. BOISEN, *Pufendorf’s Enduring Legacy for International Law*, in P. SCHRÖDER, a cura di, *Pufendorf’s International Political and Legal Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2024, pp. 251 s.

¹⁴ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (5a ed. 1885), Cambridge, Cambridge University Press, 1995, lect. I, p. 21.

¹⁵ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 3a ed., vol. II, London, J. Murray, 1873, lect. XXXVII, pp. 644-650. Vedi P. CHIASSONI, *L’indirizzo analitico*, cit., pp. 169 ss. Tuttavia, nella sfera del *common law*, l’attività giudiziale non consiste nella ricostruzione di un’intenzione preesistente, ma implica processi di induzione, astrazione e ricorso all’analogia, nei quali la produzione normativa è dissimulata sotto le forme dell’interpretazione: vedi M. LOBBAN, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*, in E. PATTARO, a cura di, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. VIII, Dordrecht, Springer, 2016, § 6.5, pp. 179 ss.

quelle associate ai concetti di sovranità, democrazia, separazione dei poteri, o alla loro critica, ecc. Così, in un'epoca di crisi dell'ideale democratico, nella quale un legislatore screditato si faccia portatore di riforme che non piacciono ai giuristi, possiamo aspettarci un declino sia della teoria imperativista, sia dell'AIL. In ogni caso, quale che sia la direzione del nesso causale e i fattori ulteriori che in qualche misura incidono sulla diffusione della teoria imperativista e dell'AIL, l'ipotesi di una correlazione positiva tra i due fenomeni sembra ragionevole.

Se questo è vero, ne segue che oggi la prassi giudiziale dovrebbe esibire i segni di una crisi diffusa dell'AIL. Il Novecento, infatti, è caratterizzato dalla critica pressoché corale alla teoria imperativista del diritto, che appare ai più come un residuo delle dottrine della sovranità della prima età moderna e del positivismo giuridico ottocentesco. Anche qui dobbiamo limitarci a evidenze aneddotiche – un'analisi dettagliata sarebbe eccessiva. È questa l'epoca di Hans Kelsen, che concepisce le norme giuridiche come comandi “de-psicologicizzati”, comandi che non implicano una volontà in senso psicologico¹⁶, ed è l'epoca dell'istituzionalismo e della sociologia del diritto, che tendono a concepire il diritto come istituzione, organizzazione o prassi sociale, anziché come insieme di comandi posti dall'autorità¹⁷. E il Novecento è l'epoca del realismo giuridico, che tanto nella sua variante scandinava come in quella americana respinge la teoria imperativista. Karl Olivecrona definisce le norme giuridiche come imperativi “indipendenti” perché svincolati dal contesto personale che caratterizza i comandi individuali: non sono espressione di una volontà dello Stato, del popolo o di singole persone determinate¹⁸. Secondo il giudice Holmes, scoprire che cosa vuole il sovrano avrebbe senso solo “se il potere supremo risiedesse nella persona di un despota”; perciò – scrive – noi “non indaghiamo ciò che il legislatore intendeva, ma chiediamo solo che cosa la legge significhi”¹⁹. In polemica con la teoria imperativista di Austin, il giusrealista Max Radin proclama che “il legislatore non esiste” e che il sovrano è “intermittente”, occasionale, raro: in una società complessa, il sovrano tende a scomparire²⁰.

La critica della teoria di Austin è anche uno dei temi centrali del *Concetto di diritto* di H.L.A. Hart, secondo il quale il modello degli “ordini sostenuti da minacce” non riesce a dar conto della normatività del diritto e della possibilità di limitazioni costituzionali al potere legislativo: il legislatore non può fare tutto ciò che vuole perché la sua autorità dipende da regole che egli non ha posto²¹. E il rifiuto dell'imperativismo è una conseguenza logica della critica di Ronald Dworkin al positivismo giuridico, che comprende una serie di obiezioni all'AIL²²; in generale, tale rifiuto appartiene a tutte le correnti neocostituzionaliste o postpositiviste della filosofia giuridica contemporanea.

Non mancano, certo, proposte teoriche, come il costituzionalismo politico e il positivismo giuridico normativo, che tendono a valorizzare il ruolo del legislatore nei confronti del potere

¹⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1949, p. 35. Del resto, per Kelsen le intenzioni del legislatore sono solo uno dei tanti criteri tra i quali l'interprete può liberamente scegliere, e la cosiddetta “volontà dello Stato” non è altro che un'espressione metaforica per indicare l'ordinamento giuridico: Id., *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), Oxford, Oxford University Press, 2002, rispettivamente § 37 e § 48(d), pp. 81 e 105.

¹⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-1978), 2a ed. Firenze, Sansoni, 1947; E. EHRlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1913), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936, pp. 486 ss. sul “diritto vivente”; R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in “Columbia Law Review”, 8, 1908, pp. 605-623, p. 612, per la critica alla teoria austriana del diritto come comando, responsabile di una concezione del diritto troppo astratta, disconnessa dalla realtà sociale.

¹⁸ K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Copenhagen-London, Munksgaard-Milford, 1939, pp. 22 ss., 35 ss., 42 ss., 56 *passim*.

¹⁹ O. W. HOLMES, *The Theory of Legal Interpretation*, in “Harvard Law Review”, 12, 1899, p. 419.

²⁰ M. RADIN, *Statutory Interpretation*, in “Harvard Law Review”, 43, 1930, pp. 863-885, p. 870; Id., *The Intermittent Sovereign*, in “Yale Law Journal”, 39, 1930, pp. 514-531, p. 522.

²¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 50 ss., 66 ss.

²² Per una presentazione critica delle argomentazioni di Dworkin, vedi R. EKINS, *Nature of Legislative Intent*, cit., cap. 2.



giudiziario e a criticare il ricorso ad argomentazioni morali da parte dei giudici²³; sulla base di questi presupposti teorici o indipendentemente da essi, alcuni giuristi e filosofi del diritto contemporanei difendono l'uso delle intenzioni del legislatore come criterio interpretativo²⁴. Ma nella generalità dei casi, queste posizioni fanno a meno della teoria imperativista: manca la figura di un sovrano unico e assoluto, e il diritto non viene descritto come un insieme di comandi. A volte l'AIL viene presentato quale corollario del concetto di legislazione come fonte imperativa, basata sull'autorità, ma, almeno nella presentazione di Joseph Raz, ciò attiene più alla funzione legittimante del riferimento alle intenzioni che alla pratica interpretativa. "Le intenzioni legittimano, ma le convenzioni interpretano", scrive Raz²⁵: le intenzioni del legislatore spiegano perché una norma abbia autorità, ma non ci indicano come debba essere interpretata; nella pratica, l'interpretazione è guidata da convenzioni interpretative, non dalla ricostruzione di stati mentali.

2. Metodo e obiettivi di uno studio metagiurisprudenziale

Alla luce del quadro teorico rapidamente delineato, l'AIL dovrebbe essere in declino nella prassi giudiziale. L'abbandono generalizzato dell'imperativismo; la crisi del concetto di sovranità, non importa se riferita allo stato o al popolo, abbandonata a favore della "ragionevolezza", e la diffusione di orientamenti neocostituzionalisti e postpositivisti nella cultura giuridica interna; l'elevata conflittualità tra potere politico e magistratura: questi e altri ancora sono fattori che potrebbero spingere, in varia misura, al ridimensionamento delle intenzioni del legislatore come tecnica interpretativa. In linea di principio, dovrebbe essere possibile confermare o falsificare questa ipotesi con gli strumenti di una ricerca metagiurisprudenziale empirica.

Pertanto, una ricerca del genere non è semplice. Infatti, sarebbe necessario prendere in considerazione sia la frequenza sia la forza persuasiva di tale argomento entro un arco temporale sufficientemente ampio da rivelare, se esistono, differenze significative nella prassi giudiziale. Inoltre, non sarebbe sufficiente comparare la frequenza e la forza persuasiva dell'argomento in archi temporali dati: per ognuno dei periodi presi in esame, sarebbe indispensabile una valutazione della frequenza e forza persuasiva degli altri argomenti – interpretazione letterale, sistematica, teleologica, evolutiva, ricorso al diritto naturale o ad altre fonti di eterointegrazione del diritto, ricorso alla morale sociale e ad argomenti equitativi – in modo da effettuare una valutazione non meramente quantitativa, ma comparativa e qualitativa del ruolo delle intenzioni del legislatore nel

²³ Sul costituzionalismo politico vedi R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; R. GREALLY, *Ideologies of Political Constitutionalism*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 44, 2024, pp. 949-978; un'introduzione al positivismo giuridico normativo in F. SCHAUER, *Normative Legal Positivism*, in T. SPAAK, P. MINDUS, a cura di, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 61-78. Si noti, peraltro, che secondo J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, cap. 6, l'AIL non può essere riferito alle intenzioni psicologiche soggettive senza occultare il dissenso e privilegiare alcune voci; anche le intenzioni istituzionali e pubbliche, incorporate nel testo e nelle procedure deliberative, non determinano il significato della legge.

²⁴ Per alcune difese dell'AIL, oltre a R. EKINS, *Nature of Legislative Intent*, cit. e L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, cit., pp. 131 ss., A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, cit., pp. 132 ss., vedi L. ALEXANDER, *All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions*, in A. MARMOR, a cura di, *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 357-376; J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 232 ss.

²⁵ J. RAZ, *Intentions in Interpretation* (1996) in *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 298: "Intention legitimates, but conventions interpret". Secondo Raz, "it makes no sense to give any person or body law-making power unless it is assumed that the law they make is the law they intended to make" (ivi, p. 274), ma l'intenzione rilevante è quella minima che consiste nella partecipazione consapevole al processo legislativo, e non include "any understanding of the content of the legislation" (ivi, p. 284).

discorso argomentativo dei giudici. Soprattutto, sarebbe difficile elaborare una griglia analitica sufficientemente comprensiva e dettagliata da rendere significativa la raccolta e l'elaborazione di dati per archi temporali diversi. Per esempio, se un'interpretazione è giustificata facendo ricorso a fonti del diritto comune e brocardi, o a principi di giustizia e del diritto naturale, o a principi del diritto costituzionale e del diritto internazionale dei diritti dell'uomo, ciò rientra in un'unica macro-categoria dell'interpretazione sistematica, oppure si tratta di casi che è opportuno analiticamente distinguere? Nella prima eventualità, una categoria indifferenziata, inclusiva e generica sarebbe incapace di registrare cambiamenti significativi nella prassi giudiziale. Nella seconda, una tassonomia troppo dettagliata potrebbe registrare cambiamenti nella prassi anche laddove ciò che cambia è solo la nomenclatura, anziché la sostanza delle operazioni argomentative messe in campo dagli interpreti.

Anche per queste ragioni, credo, il progetto di ricerca PRIN "Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account" non si è posto l'obiettivo di indagare l'AIL in prospettiva diacronica, verificando se fosse possibile rintracciare variazioni significative nella frequenza, nella rilevanza e nella struttura di tale argomento nel corso del tempo. Tuttavia, potrebbe essere interessante aprire un percorso di ricerca collaterale a tale progetto, o un suo sviluppo, e tentare, con ambizioni teoriche più modeste e senza un metodo altrettanto rigoroso, una comparazione diacronica basata sull'analisi qualitativa di un campione di decisioni più ridotto e differenziato cronologicamente.

A tale fine, la giurisprudenza del Consiglio di Stato offre un oggetto di indagine particolarmente interessante; a causa della sua vicinanza al potere legislativo e amministrativo – ai luoghi in cui la volontà politica si determina e si realizza – il Consiglio di Stato è un punto di osservazione privilegiato per apprezzare ciò che cambia e ciò che si conserva nel modo in cui i giudici rielaborano le intenzioni del legislatore. Una ricerca del genere potrebbe lavorare sul campione di 53 pronunce dell'Adunanza Plenaria tra il 2014 al 2023 selezionato e analizzato da Maria Francesca Tropea nell'ambito del progetto di ricerca sopra ricordato. Queste sentenze potrebbero essere confrontate con un campione comparabile di sentenze del Consiglio di Stato nei primi anni della sua attività giurisdizionale, dopo l'istituzione della sua Quarta sezione (1889); un campione di sentenze sotto la presidenza di Romano negli anni del fascismo (1928-1944); e infine un campione di sentenze in età repubblicana, prima dell'inizio delle attività della Corte costituzionale (1956). Un'analisi del genere, a causa della limitatezza del campione, che la rende eseguibile da un singolo ricercatore, potrebbe minimizzare quei problemi di costruzione di una tassonomia sufficientemente comprensiva, dettagliata e discriminante di cui dicevo: si può infatti assumere che il ricercatore sia in grado di cogliere e valutare in modo accurato la struttura logica e l'efficacia argomentativa delle considerazioni relative alle intenzioni del legislatore in cui si imbatte.

Perciò nei paragrafi che seguono procederò nel seguente modo²⁶. Anzitutto, nel § 3 proporrò una ricognizione di argomentazioni relative alle intenzioni del legislatore nelle pronunce recenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Lo scopo è di integrare l'analisi di Maria Francesca Tropea con esemplificazioni e considerazioni di natura pragmatica: che cosa fa l'Adunanza Plenaria quando prende in considerazione ciò che il legislatore avrebbe inteso dire o fare? Qual è la struttura, la forza retorica e il peso di queste affermazioni relative alle intenzioni del legislatore? A che tipo di "intenzioni" fa riferimento il giudice, e a quale tipo di "legislatore"? Quindi, nel § 4 ripeterò questa analisi per un campione, purtroppo ancora incompleto e insufficiente, di sentenze più risalenti:

²⁶ Come esempio di ricerca metagiurisprudenziale per certi aspetti simile, ricordo gli studi di Giorgio Lazzaro del 1970 e 1979, recentemente raccolti e ripubblicati in G. LAZZARO, *Gli argomenti dei giudici*, Roma, Roma TrE-Press, 2025. Riferimenti significativi sotto il profilo teorico e metodologico: G. TARELLO, *Orientamenti analitico linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 403-424; Id., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in "Politica del diritto", 1972, pp. 459-499.

quelle della Quarta sezione pubblicate nei fascicoli VIII e IX di “Giustizia amministrativa” (1897-1898) e quelle dell’Adunanza Plenaria negli anni 1950-1952. Si tratta soprattutto di verificare il metodo, mettendo alla prova come possa svolgersi una ricerca di questo tipo. Infine, nel § 5 formulerò alcune ipotesi su come potrebbero essere cambiati il legislatore e la sua volontà attraverso lo specchio di cent’anni di giurisprudenza amministrativa.

Evidentemente, sotto il profilo teorico gli obiettivi di questa analisi sono limitati, ma anche precisi: il problema non è se si possa parlare di intenzioni del legislatore o se sia desiderabile farlo, ma determinare, in primo luogo, che cosa fanno i giudici amministrativi quando si impegnano in questo genere di considerazioni e, in secondo luogo, suggerire interpretazioni possibili dei cambiamenti e dell’assenza di cambiamenti, dalle continuità, rilevate dall’analisi giurisprudenziale.

3. Analisi della giurisprudenza recente del Consiglio di Stato

3.1. Le intenzioni ridondanti. Uso formulare e riassuntivo delle intenzioni del legislatore

L’analisi della giurisprudenza recente (un campione di 53 sentenze dell’Adunanza Plenaria dal 2014 al 2023) rileva, in primo luogo, vari casi in cui il riferimento alle intenzioni del legislatore è privo di efficacia argomentativa, nel senso che l’affermazione che lo contiene potrebbe essere riformulata facendo a meno di tale riferimento senza alterare il ragionamento e ridurre la sua forza persuasiva. Possiamo parlare, a questo proposito, di un uso *formulare* delle intenzioni del legislatore. Queste possono essere riferite, a libera scelta del lettore, al legislatore storico o al legislatore ideale, e non sono necessariamente intenzioni inesistenti, o meramente affermate e non dimostrate, ma sono *ridondanti* sul piano argomentativo perché il giudice sta in realtà facendo uso di argomenti di altra natura – interpretazione letterale, *a contrario*, interpretazione teleologica, interpretazione sistematica, ecc. – alle quali il riferimento alle intenzioni del legislatore non aggiunge nulla di essenziale, né sul piano logico-strutturale, in termini di giustificazione inferenziale della conclusione, né su quello retorico e pragmatico, in termini di rafforzamento persuasivo. Qui le intenzioni del legislatore sono essenzialmente una modalità di presentazione di altre strategie argomentative.

Ad esempio, l’affermazione

Naturalmente, dicendo “stesso giudice” la legge intende lo stesso “ufficio giudiziario”...²⁷

è un’argomentazione sistematica, ed è indifferente che il Consiglio di Stato dica “la legge intende”, “il legislatore intende”, oppure ometta del tutto il riferimento alle intenzioni di qualcuno o qualcosa e attribuisca quest’uso linguistico al sistema processuale o al linguaggio tecnico-giuridico *tout court*²⁸.

²⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2014, n. 4. Quest’uso di espressioni come “la legge (o il legislatore) intende” per introdurre un’argomentazione sistematica, teleologica o di altra natura è frequente. Ad esempio, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, afferma: “La riforma del 2011, infatti, *ha inteso* selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante. Il legislatore *ha così inteso* effettuare direttamente il bilanciamento tra l’interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell’azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall’altro” (enfasi mia). Si tratta di un’argomentazione di natura teleologica: date le finalità perseguite e il bilanciamento degli interessi incorporato nella riforma del 2011, non si può consentire all’amministrazione di realizzare la massima partecipazione alle gare di appalto mediante una lettura elastica delle clausole di esclusione. Ciò può essere riformulato eliminando il riferimento alle intenzioni: “Le cause di esclusione introdotte dalla riforma del 2011 realizzano un bilanciamento tra l’obiettivo x e l’obiettivo y; sono perciò inderogabili non solo dal concorrente ma anche dall’amministrazione appaltante”.

²⁸ In questo paragrafo e nei seguenti seguono la classificazione degli argomenti interpretativi di G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 342 ss. Per tassonomie simili, vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso*

Analogamente, l'affermazione

laddove il legislatore del 2013 ha inteso occuparsi dei contratti pubblici, apportando modifiche alla relativa disciplina, lo ha detto espressamente, attraverso un richiamo esplicito...²⁹

introduce un'argomentazione *a contrario* rafforzata da un'interpretazione sistematica; essa potrebbe essere riformulata come

laddove la disciplina del 2013 si occupa dei contratti pubblici, lo fa in modo espresso, mediante un richiamo esplicito. Pertanto, l'assenza di un analogo richiamo nella disposizione oggetto di interpretazione, esclude che essa sia riferibile alla materia dei contratti pubblici.

Anche nel seguente esempio l'AIL si risolve nell'interpretazione sistematica (c.d. argomento della "costanza terminologica"), cui non aggiunge niente:

Ove, infatti, il legislatore utilizzi una locuzione già definita in un previgente corpus normativo [...] deve presumersi che abbia inteso usare quel concetto con lo stesso significato già chiarito dall'ordinamento...³⁰

L'affermazione potrebbe essere riformulata come

Ove una locuzione già definita in un previgente corpus normativo venga ripresa in una disciplina successiva, essa deve essere interpretata secondo il significato già chiarito dall'ordinamento

Nel seguente esempio, l'argomento delle intenzioni si identifica con l'argomento teleologico:

il legislatore ha inteso in questo modo stimolare il responsabile ad eliminare le conseguenze dell'illecito edilizio ...³¹

In questo caso, il Consiglio di Stato era chiamato a pronunciarsi sulla questione se una sanzione pecuniaria prevista per l'inottemperanza all'ordine di demolizione fosse applicabile solo alle inottemperanze successive alla sua entrata in vigore, oppure anche a quelle perfezionate prima e accertate successivamente. Secondo il giudice amministrativo, la sanzione non è retroattiva perché presuppone che l'obbligo di ottemperare all'ordine di demolizione sia ancora attuale ed esigibile. Decorso il termine, il destinatario non può più adempiere perché il bene è acquisito al patrimonio comunale. Poiché la funzione della sanzione è incentivare l'adempimento dell'obbligo di demolizione, essa non è applicabile quando l'adempimento non sia più possibile. Ciò avrebbe potuto essere espresso senza alcuna perdita di efficacia attribuendo lo scopo di incentivare l'adempimento direttamente alla sanzione, anziché al legislatore che lo persegue.

In questi e in altri casi, l'intenzione non fonda l'argomento, ma lo personifica, senza implicare un impegno ontologico circa l'esistenza di una volontà legislativa, né tantomeno un'adesione all'imperativismo. Si può parlare a questo proposito di "metafora" o "finzione" dell'intenzione del

razionale, Torino, Giappichelli, 1999; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit.

²⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6.

³⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22.

³¹ Cons. Stato, Ad. plen., 11 ottobre 2023, n. 16.

legislatore, ma avendo chiaro che si tratta di un uso linguistico molto comune e non specificamente giuridico³². Del resto, anche l'attribuzione di finalità direttamente alla legge o a un suo istituto implica, a ben vedere, un'analogia metaforizzazione, se si assume, com'è ragionevole, che solo le persone possano avere intenzioni e perseguire scopi.

Lo stesso si può dire per un caso particolare di uso formulare delle intenzioni del legislatore, che ricorre quando esse compaiono in un enunciato privo di argomentazioni a sostegno della conclusione interpretativa, ma volto a riassumere una interpretazione giustificata altrimenti, in modo indipendente, mediante considerazioni che prescindono dal riferimento alle intenzioni del legislatore. Possiamo parlare, a questo riguardo, di intenzioni del legislatore *riassuntive*, perché esse esprimono la sintesi o conclusione di un ragionamento interpretativo condotto senza farvi ricordo. Ad esempio:

Ciò che il legislatore ha inteso disporre, con la previsione della lett. c) dell'articolo 40, è la più completa attuazione del diritto del genitore lavoratore dipendente al periodo di riposo...³³

Qui il giudice amministrativo si stava riferendo all'interpretazione dell'espressione "madre non lavoratrice dipendente", rilevante ai fini dell'attribuzione delle ore di riposo retribuito. Tali benefici spettano al padre lavoratore dipendente, in alternativa alla madre, quando quest'ultima non ne sia titolare perché non lavoratrice dipendente. *Quid iuris* nel caso delle casalinghe? Secondo il giudice, l'espressione ricomprende anche le casalinghe, e a questa conclusione perviene mediante una serie di argomentazioni di naturale letterale ("l'espressione ... nella sua chiarezza lessicale, non consente interpretazioni riduttive"), sistematica ("non vi sono ragioni per distinguere ... il lavoro svolto nell'ambito 'domestico' o 'familiare' ... da quello svolto dalla donna in via subordinata, o in via autonoma") e adeguatrice (richiamo ai "principi costituzionali sulla parità tra il padre e la madre e sulla tutela del figlio"): queste sono il nocciolo della motivazione. Infine, il giudice riassume il risultato di tali considerazioni affermando che "il legislatore ha inteso disporre" che la condizione di casalinga della madre non esclude il godimento delle ore di riposo retribuito da parte del padre lavoratore dipendente. Ma è evidente che il giudice avrebbe potuto limitarsi a dire che "la legge ha disposto" in tal senso: il riferimento alle intenzioni del legislatore non svolge qui alcuna funzione argomentativa. Le intenzioni emergono come prodotto o sintesi dell'argomentazione giuridica, anziché come suo fondamento o criterio.

Un altro esempio di uso riassuntivo dell'AIL è il seguente:

ciò [l'opzione interpretativa avversata] sarebbe [una] scelta elusiva della chiara volontà del legislatore quale emerge dall'analisi diacronica delle disposizioni rilevanti in precedenza svolta.³⁴

Qui la questione era se, a seguito della legge di stabilità del 2014, ai professori universitari eletti componenti laici del C.S.M., una volta cessati dall'incarico e rientrati nei ruoli dell'università, si applicasse ancora l'assegno *ad personam* previsto da una legge del 1971. Il Consiglio di Stato ritiene che tale assegno sia stato abrogato dalla legge del 2014 e, a sostegno di questa conclusione, formula una serie di argomentazioni sistematiche e *ad absurdum* per dimostrare che la legge del 2014 è un intervento di uniformazione complessiva della materia, incompatibile con la sopravvivenza delle discipline settoriali previgenti. Il riferimento alla "chiara volontà del legislatore" non è un argomento

³² Vedi G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Metaphors We Live By* (1980), Chicago, University of Chicago Press, 2003, sulle nozioni di metafora ontologica e di personificazione.

³³ Cons. Stato, Ad. plen., 28 dicembre 2022, n. 17.

³⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 5 agosto 2022, n. 9.

autonomo, ma si limita a riassumere e concludere il ragionamento, conferendogli, al più, una certa enfasi, senza aggiungere alcun elemento ulteriore.

Come valutare, ai fini dell'analisi del ruolo dell'AIL e dei suoi presupposti teorici, queste personificazioni a prima vista inutili, che caratterizzano le intenzioni del legislatore "ridondanti" e "riassuntive"? La mia impressione è che sia impossibile attribuire loro un significato univoco. Da un lato, se ne può sottolineare il carattere stereotipato, formulare o persino ornamentale, per concludere che, in questi casi, il riferimento alle intenzioni del legislatore non può essere assunto come indice affidabile di deferenza e *self-restraint* giudiziale, né tantomeno come indice di adesione a una teoria imperativista del diritto (o a una teoria intenzionalista del significato). Il legislatore è ridotto (o forse elevato) a *ratio iuris*. La sua volontà scompare del tutto, fuorché nella costruzione retorica della frase. Dall'altro lato, la persistenza di tale riferimento anche quando inutile, privo di contenuto esplicativo ed euristico, potrebbe essere letta come indicativa della conclusione opposta: la teoria imperativista continua ad esercitare una presa sul linguaggio dei giuristi, è profondamente radicata nella loro grammatica, e continua a imporsi come insuperabile un modello di separazione dei poteri che concepisce i giudici come esecutori di una volontà non propria, ma riferita agli organi della produzione del diritto.

3.2. *Il pathos della deferenza. Le intenzioni del legislatore come argomento accessorio o autonomo*

La *vis retorica* dell'AIL è più evidente nei casi in cui l'argomento potrebbe forse essere riformulato come argomento interpretativo di altra natura, ma in cui il riferimento alle intenzioni del legislatore non è affatto vuoto o inerte dal punto di vista dell'efficacia persuasiva. Esso si ricollega infatti, in modo più chiaro sebbene implicito, all'idea che il diritto sia anche, se non esclusivamente, un insieme di norme poste dall'autorità politica, alle quali il giudice deve dare attuazione: il diritto positivo è prodotto da una volontà deliberata che lo pone. In questi casi l'AIL non è più ridondante ma, piuttosto, accessorio o ausiliare, nel senso che si associa a una o più argomentazioni principali, rafforzandole.

Ad esempio, l'affermazione secondo cui

il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente...³⁵

è naturalmente un'argomentazione *a contrario*. Qui, tuttavia, il richiamo alla "scelta chiara e cosciente" del legislatore è determinante e occupa un ruolo centrale nella motivazione, essendo ribadito più volte con formulazioni identiche o analoghe ("consapevole ed univoca volontà del legislatore", "ogni opzione ermeneutica ... finirebbe per ... creare una regola non scritta", "l'interprete ... eserciterebbe inammissibilmente, in luogo del legislatore ... la potestà discrezionale").

In quella sentenza, la costruzione della volontà del legislatore avviene mediante argomenti letterali e *a contrario* espressi dai brocardi *In claris non fit interpretatio* e *Ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. Nella terminologia di Guastini³⁶, si tratta di un argomento *a contrario* in funzione "produttiva"

³⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9. In materia di subappalto nei contratti pubblici, l'ordinamento non richiede, quale condizione di validità o efficacia del subappalto, l'indicazione nominativa preventiva del subappaltatore in sede di offerta, dovendosi escludere l'introduzione di tale obbligo in via interpretativa.

³⁶ R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 175 ss.; Id., *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 289 ss. Vedi anche G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in S. CASSESE et al., a cura di, *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 177 ss.



o “costruttiva”: il giudice non si limita a rilevare che la lettera della legge non giustifica le conclusioni che se ne vorrebbero trarre (*ubi lex voluit dixit*) ma valorizza, per contro, il silenzio legislativo (*ubi noluit tacuit*), affermando che la formulazione normativa implicitamente esclude la possibilità di ricavare tali conclusioni da altre disposizioni o da considerazioni extratestuali. La lettera della legge e la correlativa esclusione vengono così imputate a una scelta deliberata del legislatore sul punto controverso.

E infatti in quella decisione il giudice afferma che tale volontà di escludere è confermata anche dalla storia legislativa, richiamando la disciplina previgente al d.lgs. n. 163/2006 e un disegno di legge di delega all’epoca in discussione. Da tali fonti emergerebbe la volontà cosciente del legislatore del 2006 di escludere l’obbligo di indicazione nominativa dell’impresa subappaltatrice al momento della presentazione dell’offerta, ammettendo che tale identificazione possa avvenire in un momento successivo. Qui si fa chiaramente riferimento al legislatore storico e anche al legislatore attuale: gli unici soggetti cui può far capo una volontà politica suscettibile di deferenza³⁷.

Questa è la seconda occorrenza dell’AIL che l’analisi rileva, accanto all’uso formulare riferito alla *voluntas legis*, meramente accessorio o riassuntivo rispetto agli altri argomenti interpretativi: si tratta dell’argomento psicologico propriamente detto, che fa riferimento alla *voluntas legislatoris*, cioè alle intenzioni comunicative o pragmatiche di soggetti più o meno precisamente determinati, identificati *tout court* con “il legislatore”. L’analisi della giurisprudenza sembra infatti mostrare che il riferimento alle intenzioni del legislatore assume autonomia interpretativa solo quando il legislatore è concepito come legislatore storico o attuale. Negli altri casi, quando è costruito come soggetto ideale, razionale o buono, tale riferimento può essere eliminato o riformulato, perché sostituibile con argomentazioni letterali, sistematiche, teleologiche, apagogiche o di altra natura, espresse in forma impersonale.

Può essere in concreto difficile tracciare la distinzione tra l’AIL come formula riferita a un legislatore ideale, funzionalmente accessoria o riassuntiva di altre argomentazioni, e l’AIL come autonomo argomento psicologico, riferito al legislatore storico e non confondibile con altri argomenti.

Ad esempio, nella sentenza n. 15 del 2014, il Consiglio di Stato doveva decidere se l’*astreinte* (misura coercitiva indiretta a contenuto pecuniario per la mancata ottemperanza al giudicato) fosse applicabile anche nel caso di sentenze di condanna della pubblica amministrazione al pagamento di una somma di denaro. Il codice di procedura civile limita espressamente tale penalità di mora all’inadempimento di sentenze di condanna ad obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro (art. 614-bis c.p.c.), mentre il codice del processo amministrativo non contiene un’analogia limitazione (art. 114 c.p.a.). Il giudice amministrativo fa quindi ricorso alla comparazione giuridica per concludere che ordinamenti diversi adottano soluzioni diverse e che, pertanto, entrambe le opzioni sono in linea di principio aperte al legislatore.

La breve ricognizione comparatistica effettuata, mettendo in luce l’eterogeneità delle opzioni ... consente di mettere in chiaro che la scelta attuata dall’art. 614-bis c.p.c. ... non deriva da un limite concettuale insito nella ratio o nella struttura ontologica dell’istituto ma è il frutto di un’opzione discrezionale del legislatore ... la delimitazione dell’ambito oggettivo di operatività della misura è

³⁷ Analogamente, si veda la sentenza n. 10 del 2016, nella quale si riafferma che l’abrogazione, prima da parte della legge Merloni ter del 1998, poi da parte del codice dei contratti pubblici del 2006 dopo, dell’obbligo dell’indicazione già nella fase dell’offerta di una rosa di imprese subappaltatrici, «costituisce il più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l’obbligo dell’indicazione nominativa in discussione». Questo argomento potrebbe essere riformulato omettendo il richiamo alle intenzioni del legislatore (ad esempio «Tale abrogazione esclude che l’indicazione nominativa del subappaltatore costituisca una condizione di validità del subappalto nell’attuale disciplina») ma, assieme al riferimento alla “consapevole ed univoca volontà del legislatore”, qualcosa andrebbe perso nella sua forza persuasiva.

frutto di una scelta di politica legislativa e non un limite concettuale derivante dalla fisionomia dell'istituto.

Secondo il Collegio, la scelta del codice di procedura civile di limitare l'*astreinte* non sarebbe stata seguita dal codice del processo amministrativo. A tale conclusione il giudice perviene attraverso varie argomentazioni di carattere letterale, sistematico e costituzionale, che convergono nel valorizzare la diversa architettura del giudizio di ottemperanza e nell'accreditare una lettura estensiva dell'*astreinte* per la pubblica amministrazione. Ciò avviene, peraltro, superando l'argomento "psicologico" delle intenzioni del legislatore, basato sui lavori preparatori, e in particolare sulla Relazione governativa di accompagnamento al codice del processo amministrativo, che aveva sottolineato il parallelismo tra la nuova disposizione e l'art. 614-bis c.p.c.:

Non può, dunque, essere attribuito un rilievo decisivo ai lavori preparatori, in quanto il riferimento, operato dalla Relazione governativa di accompagnamento, alla riproduzione dell'art. 614-bis cod. proc. civ., va inteso come richiamo della fisionomia dell'istituto e non come recepimento della sua disciplina puntuale.

È chiaro che la sentenza fa riferimento a un modello ideale di legislatore, che prevale su una plausibile ricostruzione del legislatore storico. Tuttavia, il giudice non rinuncia alla forza retorica della deferenza verso il legislatore, ricostruendone le intenzioni a partire dal significato letterale dell'art. 114 c.p.a. Al legislatore storico viene così attribuita la scelta tra le alternative disponibili a un legislatore razionale. La decisione di formulare la disposizione in modo diverso dal c.p.c. implica che il legislatore storico abbia voluto ciò che ha in effetti stabilito, e che un legislatore razionale potrebbe astrattamente volere: differenziare la disciplina da quella del processo civile.

L'argomento di diritto comparato si salda con l'argomento letterale. L'analisi del dato testuale ... chiarisce, infatti, che, in sede di codificazione del processo amministrativo, il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità, in sede di adattamento della conformazione dell'istituto alle peculiarità del processo amministrativo, nel senso di estendere il raggio d'azione delle penalità di mora a tutte le decisioni di condanna. La norma in analisi non ha, infatti, riprodotto il limite, stabilito dalla legge di rito civile nel titolo dell'art. 614-bis, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile.

Insomma, anche quando si riferisce alle intenzioni del legislatore razionale, il Consiglio di Stato non rinuncia al pathos della deferenza e del *self-restraint*. E, d'altra parte, quando ricostruisce o documenta le intenzioni degli individui in carne ed ossa che hanno partecipato alla redazione e approvazione del testo normativo, il giudice può accantonarle e discostarsene senza difficoltà.

Ciò può essere apprezzato anche nella sentenza n. 22 del 2021. Il tema era la legittimazione a ricorrere nei giudizi di impugnazione dei titoli edilizi altrui, e il problema era se il requisito della *vicinitas*, inteso come stabile collegamento tra il ricorrente e l'area in cui si trova l'immobile oggetto del titolo in contestazione, fosse sufficiente a fondare l'interesse a ricorrere. In base ad argomentazioni che qui non rilevano, il Consiglio di Stato conclude che non è sufficiente: per proporre ricorso, è necessario che il ricorrente prospetti uno specifico pregiudizio concreto derivante dal titolo edilizio impugnato. Questa conclusione è preceduta da una ricognizione piuttosto ampia del contesto politico-sociale (*occasio legis*) della c.d. "legge ponte" n. 765 del 1967, descritta come

il primo tentativo legislativo di porre rimedio al dilagare del fenomeno dell'abusivismo edilizio che nel secondo dopoguerra aveva deturpato le principali città italiane (su tutte Roma, Napoli e Palermo)

e che proprio l'anno prima, con la spaventosa frana di Agrigento, aveva reso non più eludibile, agli occhi della comunità nazionale e di quella internazionale, il problema della speculazione edilizia nel nostro Paese

Dato questo contesto, nonché il suo tenore letterale, l'art. 10, comma 9, della legge ponte poteva facilmente essere letto come reviviscenza, a tutela della legalità in materia edilizia, dell'istituto del diritto romano dell'*actio popularis*:

Leggendo tale disposizione si era autorizzati a ritenere che in luogo del nessuno, di prima del 1967, la legge avesse ora previsto che davvero chiunque potesse ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia altrui, quando in contrasto con leggi, regolamenti e prescrizioni urbanistiche; e che il legislatore avesse inteso introdurre un'azione popolare a tutela, rafforzata, di una legalità (e di una "giustizia nell'amministrazione") che molti comuni sino a quel momento non avevano voluto o saputo garantire.

Tuttavia, questa ricostruzione dell'*occasio legis* non ha alcuna efficacia direttiva: non fonda la soluzione, ma serve a contestualizzare storicamente la norma, così giustificando l'autonomia interpretativa della giurisprudenza rispetto a un intento legislativo ormai superato, non assunto come vincolante. Il Consiglio di Stato presenta la legge ponte del 1967 come risposta contingente a un deficit di legalità amministrativa, sollecitata da un momento emergenziale; questa caratterizzazione storica relativizza le intenzioni del legislatore, le "disinnesca": ciò che aveva senso allora non può valere automaticamente oggi. A fronte del pericolo di una pioggia di ricorsi privi di utilità concreta e meramente emulativi, la volontà del legislatore del 1967, storicamente situata, risulta inefficace sul piano interpretativo, o lo è solo nel senso di spiegare perché il tenore letterale dell'art. 10, comma 9, della legge ponte abbia scarsa o nulla rilevanza sistematica.

3.3. Le intenzioni del legislatore come oggetto del controllo giudiziale

Vi è infine un terzo uso dell'AiL, quantitativamente molto meno rilevante dei precedenti nella giurisprudenza amministrativa, ma teoricamente significativo. In alcuni casi, il Consiglio di Stato non si limita a evocare le intenzioni del legislatore come formula legittimante, riassuntiva o integrativa delle proprie argomentazioni, né si colloca sul piano della deferenza nei confronti delle decisioni assunte dal potere politico, ma sembra fare – o si esprime come se facesse – qualcosa di diverso: il riferimento alle intenzioni del legislatore funziona non come criterio che giustifica o riassume un'interpretazione, bensì come oggetto di un controllo da parte del giudice, il quale valuta la bontà o la conformità a diritto di tali intenzioni.

Ciò può avvenire, ad esempio, nell'applicazione del principio di proporzionalità³⁸, i cui parametri dell'idoneità, necessità e adeguatezza presuppongono la determinazione degli obiettivi perseguiti dalla misura limitativa di un diritto soggettivo; nella costruzione di tali obiettivi, il giudice può fare riferimento a ciò che l'autorità ha inteso realizzare, cioè alle sue intenzioni pragmatiche o finalità, variamente ricostruite o semplicemente postulate, che giustificano o meno la misura. Ma anche quando non arriva ad esercitare un controllo del genere – che, se riferito al legislatore, trova comunque nella Corte costituzionale la sua sede più naturale – il Consiglio di Stato a volte usa formulazioni che suggeriscono tale uso delle intenzioni del legislatore: le intenzioni come oggetto

³⁸ Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano, vedi S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; F. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in "Le istituzioni del federalismo", 2016, pp. 697-723; F. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2023.

del giudizio anziché come chiave dell'interpretazione; le intenzioni come problema, potremmo dire, anziché come soluzione.

Si prenda ad esempio questa affermazione:

non è arbitraria la scelta del legislatore di garantire l'imparzialità-terzietà del giudice solo attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione³⁹.

Si tratta della stessa sentenza su cui si è aperta questa analisi, contenente la formula "dicendo 'stesso giudice' la legge intende lo stesso 'ufficio giudiziario'", ed è ora il caso di chiarirne rapidamente l'oggetto. La questione era se un giudice che avesse partecipato alla pronuncia della sentenza poi impugnata per revocazione potesse far parte del collegio chiamato a decidere su tale impugnazione.

In una sentenza del 2009, l'Adunanza Plenaria, richiamandosi al principio di imparzialità e terzietà del giudice, aveva escluso tale possibilità, in analogia con quanto previsto nel processo penale. Tuttavia, il nuovo codice del processo amministrativo del 2010 non aveva recepito espressamente tale orientamento, limitandosi a garantire l'imparzialità del giudice mediante le regole sull'astensione e sulla ricusazione previste dal codice di procedura civile, senza introdurre le ipotesi di incompatibilità soggettiva previste nel processo penale. Con l'affermazione sopra riportata, e senza soffermarsi diffusamente sul merito della scelta legislativa, il giudice amministrativo conclude nel senso della non arbitrarietà della soluzione adottata dal legislatore del 2010.

In questo modo, il Consiglio di Stato si esprime come se fosse un giudice costituzionale, e in effetti sul punto richiama una sentenza della Corte costituzionale, nonché una massima della Cassazione civile⁴⁰. In ciò non vi è nulla di eccezionale: anche i giudici comuni interpretano la Costituzione, e possono sollevare una questione di legittimità se ritengano che la scelta del legislatore sia arbitraria. La valutazione sulla non-arbitrarietà delle finalità perseguite dal legislatore opera, nell'economia della motivazione, più come un'argomentazione teleologica o sistematica, fondata sul riferimento ai principi generali, che come un controllo effettivo su ciò che il legislatore ha inteso fare. Essa potrebbe facilmente essere riformulata facendo a meno del riferimento alle intenzioni del legislatore ("la disciplina soddisfa la finalità garantire l'imparzialità-terzietà del giudice" o "l'imparzialità-terzietà del giudice è garantita in modo adeguato, proporzionato, coerente con il sistema costituzionale").

Tuttavia, non vi è dubbio che questo sia un uso delle intenzioni del legislatore diverso dai precedenti. In astratto, una valutazione sulla loro bontà, conformità al diritto, non arbitrarietà, ragionevolezza, ecc., può giustificare, persino celebrare, le scelte del legislatore, in modo analogo a quanto avviene nel caso dell'uso formulare delle intenzioni del legislatore razionale come accessorio dell'argomentazione giuridica.

Una valutazione del genere può essere svolta per evitare un conflitto con il potere legislativo, come forse è avvenuto in questo caso, in modo analogo a quanto avviene nel caso dell'uso delle intenzioni del legislatore storico quale indice di deferenza e *self-restraint*. Ma la valutazione potrebbe anche concludere che le intenzioni non erano affatto buone, legittime o ragionevoli, e in questo caso il Consiglio di Stato, a differenza dei giudici amministrativi del Regno d'Italia e della prima metà degli anni '50 del Novecento, ha la possibilità di porre la questione alla Corte costituzionale. Difficilmente un giudice del genere potrebbe ancora concepire la legge come espressione della volontà del sovrano.

³⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2014, n. 4.

⁴⁰ Corte cost., sentenza n. 387 del 1999; Cass. Civ., sent. 29 marzo 2007, n. 7702.



4. Analisi della giurisprudenza risalente

Come anticipato nel § 2, l'analisi della giurisprudenza risalente del Consiglio di Stato si è concentrata su un campione di decisioni della Quarta Sezione tra il 1897 e il 1898 e su alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria antecedenti alla creazione della Corte costituzionale (in particolare, quelle degli anni 1950-1952). Si tratta di un campione circoscritto, ma l'analisi non ha ambizioni statistiche. Essa consente, nondimeno, di mettere alla prova la tassonomia presentata nel § 3 e di verificare se e in che misura tali categorie concettuali (uso formulare, accessorio o riassuntivo; uso psicologico, eventualmente deferenziale; intenzioni come oggetto del controllo giudiziale) risultino applicabili anche a testi diversi, quali le sentenze amministrative della fine dell'Ottocento.

Si tratta, in effetti, di testi profondamente diversi. Non tanto per la struttura paratattica introdotta dagli "atteso che" – struttura ripresa dal modello francese, ma adattata e "ammorbidita" rispetto al rigore del *judgment phrase unique*⁴¹ – quanto per il tenore delle questioni e la limitatezza delle materie: scatti stipendiali di ispettori doganali, statuto giuridico di opere pie, regolarità di deliberazioni comunali, un abbondante contenzioso in materia elettorale e poco più. Lo stile, comunque, è già riconoscibilmente tecnico-giuridico e, come si vedrà, per certi aspetti non così diverso da quello delle sentenze più recenti analizzate dalla ricerca.

4.1. La giurisprudenza della Quarta Sezione (1897-1898)

Nel campione di sentenze più risalenti analizzate (1897-1898) non è frequente che il Consiglio di Stato faccia un uso formulare delle intenzioni del legislatore; la stessa parola "legislatore" compare raramente, e il giudice tende invece a menzionare il Governo del Re, la Camera dei deputati, l'Ufficio centrale del Senato, il ministro proponente e altre istituzioni che partecipano direttamente al processo di produzione delle fonti normative. Per giungere a conclusioni definitive, il campione andrebbe ampliato. Tuttavia, l'impressione è che, nella generalità dei casi, il legislatore cui il giudice amministrativo guarda sia quello storico, e occasionalmente anche quello attuale – soggetti in carne ed ossa titolari di responsabilità istituzionali e di funzioni politiche direttive o tecniche – anziché il legislatore razionale oggettivo, costruito attraverso l'argomentazione giuridica come autore della norma da applicare al caso.

Vi sono comunque elementi che suggeriscono la possibilità di una personificazione del genere. Ad esempio, in una sentenza la volontà o intenzione del legislatore è identificata con lo "spirito della legge": un'interpretazione, "anziché contraddire allo spirito della legge, vi presta ossequio, avendo la legge evidentemente voluto che ..." ⁴². Qui non è affatto chiaro che la *voluntas legis* si identifichi con la *voluntas legislatoris*, e anzi propenderei per l'ipotesi opposta: questo "spirito" non rinvia a stati mentali individuali o collettivi, a decisioni politiche storicamente situate, ma funge da metafora o da etichetta riassuntiva per operazioni interpretative di varia natura.

Un altro esempio di questa tendenza oggettivante è la decisione n. 71 dell'11 febbraio 1898, in cui la Quarta Sezione respinge un'interpretazione teleologica proposta dal ricorrente, osservando che, se quella fosse stata davvero l'intenzione del legislatore, la disposizione sarebbe risultata priva di scopo e quindi inapplicabile (argomento *ad absurdum*):

⁴¹ Come nota G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, in "Il Foro italiano", 1967, V, cc. 313 ss., c. 325, "La frase è tutt'altro che unica! All' 'atteso che' o 'considerato che' segue la forma del discorso diretto, con uno o più periodi sintattici chiusi, con propri soggetti e propri verbi. La sentenza italiana, pertanto, continua ad essere lunga, piena di digressioni e dei relativi difetti".

⁴² Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 1898, n. 106, in *Giust. amm.*, IX, 1898, I, p. 56.

... per quanto giusta sia la premessa che il ricorrente pone a capo delle sue argomentazioni, che cioè l'articolo 37 di quel regolamento miri ad impedire che da parte degli esercenti venga frodato il dazio ... altrettanto ingiusta è la conseguenza che ne deduce, che ... è evidente che se questa fosse la intenzione per la quale il detto comma 3° fu scritto, la disposizione in esso contenuta non avrebbe scopo, perché ...

In questa sentenza, le intenzioni del legislatore tendono a diventare una formula che compendia una pluralità di considerazioni argomentative; probabilmente il Collegio avrebbe potuto dire "se questo fosse lo scopo del comma 3°, la disposizione sarebbe priva di oggetto" senza alterare l'efficacia persuasiva del ragionamento.

In altri casi, l'intenzione del legislatore è identificata *tout court* con il significato letterale; sebbene tale identificazione sia semplicemente postulata anziché argomentata – sicché il riferimento alle intenzioni è accessorio rispetto all'argomento letterale – essa aggiunge tuttavia qualcosa al ragionamento del giudice, nella misura in cui fa vibrare la corda della deferenza. Così, nella decisione 14 maggio 1897, n. 182, la Quarta Sezione afferma

... nessun dubbio può sorgere sul letterale disposto della citata disposizione della legge del 1894, essendo evidente che l'intenzione del legislatore è stata quella che risulta dalla stessa locuzione della legge ...⁴³

Analogamente, nella decisione 9 luglio 1897, n. 284, la Quarta Sezione cita il testo di una disposizione e commenta:

... per guisa da potersi concludere di essersi voluto applicare al segretario comunale un trattamento speciale ...⁴⁴

In un caso, le intenzioni del legislatore sono talmente de-psicologizzate da coincidere, prima ancora che con la volontà della legge, con la forza di legge, ossia con il suo rango gerarchico, in quanto espressione della volontà del legislatore di conferire alle proprie deliberazioni la forma di legge, garantendone la prevalenza sulle fonti dall'esecutivo:

Sarebbe quindi affatto arbitrario il supporre che non ostante la novella sanzione data, non per semplice atto del Governo, ma per volontà del potere legislativo a tutte le norme di quello statuto, dovesse ad alcune di esse negarsi ogni valore ed efficacia ...⁴⁵

Ma nella grande maggioranza dei casi, come dicevo, le intenzioni del legislatore non sono una clausola di stile agevolmente sostituibile con "la legge" o "il significato della legge", ma la conclusione di un ragionamento condotto sui lavori preparatori, volto a ricostruire le intenzioni del legislatore storico.

[è] opportuno rilevare innanzi tutto le ragioni e le finalità cui ebbero ad ispirarsi la legge speciale, ed il relativo Decreto regolamentare 30 luglio e 28 agosto 1896, onde meglio spiegarne la portata. E dalla diffusa relazione del Ministro dell'interno ... e dalle discussioni parlamentari della legge suddetta, è agevole desumere ed affermare: Che gli stabilimenti spedalieri di Roma, per gli atti di loro fondazione, furono sempre ritenuti mondiali, accogliendo, come tali, senza rimborso, e senza

⁴³ In *Giust. amm.*, IX, 1898, I, p. 206.

⁴⁴ In *Giust. amm.*, IX, 1898, I, p. 363.

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. IV, decisione 17 dicembre 1897, n. 488.



riguardo a provenienza, qualunque malato vi fosse ricoverato ... per quale un crescente deficit si veniva verificando, da reclamare i più pronti ed efficaci provvedimenti ... Che un tale scopo si intese raggiungere con la legge speciale 20 luglio 1896 ... Che la relazione [parlamentare] ebbe a preoccuparsi delle difficoltà e lungaggini ... Considerato che la genesi ed i fini dell'articolo 14 della legge speciale 30 luglio 1896 giustificano la incensurabile legalità del Regio Decreto ...⁴⁶

Considerato che le discussioni fatte dal ministro della guerra durante la discussione della legge nel senso che sarebbesi provveduta a che ...⁴⁷

La Quarta Sezione giustifica il ricorso a tale argomento convintamente, con espressioni che sarebbero sorprendenti se provenissero da giuristi formati al metodo giuridico di Vittorio Emanuele Orlando e della sua scuola:

La relazione ministeriale premessa al R. D. 10 novembre 1890, alla quale se non un carattere d'interpretazione autentica devesi attribuire una grande importanza per la illustrazione del concetto legislativo dominante in quella disposizione ...⁴⁸

Le intenzioni del legislatore verso cui il giudice si mostra deferente possono consistere anche in considerazioni di opportunità politica contingente, ben diverse dalla *ratio legis* intesa come finalità che muove il legislatore razionale:

Scopo della disposizione [art. 5 r.d. 1894 n. 265, norma eccezionale di favore sul trattamento economico degli ispettori doganali] si era, come appare anche dalla relazione parlamentare citata dal ricorrente, di provvedere ad un conveniente collocamento di funzionari i quali venivano in qualche modo pregiudicati da una riforma che diminuiva l'importanza delle loro attribuzioni ...⁴⁹

Considerato che la disposizione transitoria [art. 3 della legge 1895, n. 721] ebbe origine dal concetto spiegato nella relazione con cui il Governo del Re propose al Parlamento la legge medesima, il quale concetto fu soltanto quello di favorire anziché di pregiudicare quegli ufficiali ...⁵⁰

In alcune decisioni il pathos della deferenza, della decisione politica cui è doveroso prestare ossequio, è particolarmente evidente:

... dal tenore letterale di tale disposizione e dalle discussioni parlamentari chiaramente emerge che il collocamento in disponibilità è provvedimento di carattere politico ... vero atto di Governo ... libero perciò ed incensurabile⁵¹.

La deferenza della Quarta Sezione nei confronti del legislatore è tale da estendersi anche alle intenzioni del legislatore attuale:

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 1897, n. 255, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, pp. 226 s.

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 19 novembre 1897, n. 441, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, p. 545.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. IV, decisione 23 luglio 1897, n. 294, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, p. 328, sull'efficacia temporale della disciplina in materia di anzianità degli uditori giudiziari.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 1897, n. 188, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, p. 278.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. Unite, 5 febbraio 1897, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, II p. 91, sull'applicabilità di una disposizione transitoria in tema di liquidazione della pensione degli ufficiali delle guardie di finanza.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 1897, n. 171, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, p. 145.

... la legge non ha inteso riferirsi che ai passaggi di proprietà e di possesso avvenuti o per successione ereditaria o per atto e contratti privati, non già anche a quelli avvenuti per effetto di aggiudicazioni ... Ed a riprova ... sta il fatto che discutendosi recentemente una nuova legge di modificazione La Camera dei deputati, di sua iniziativa, modificò l'ultimo alinea ... introducendovi le parole "in qualunque modo", affinché ... si avesse ad intendere passati anche per effetto di vendita all'asta pubblica⁵².

Nondimeno, gli orientamenti che emergono dai dibattiti parlamentari non possono prevalere su un regolamento dell'esecutivo emanato nell'ambito delle sue competenze:

A ciò [determinazione del numero legale della Giunta Provinciale di Avellino] appunto provvede il regolamento, a cui invano si contrappongono le discussioni avvenute nel Parlamento e le dichiarazioni fatte dal relatore dell'Ufficio centrale del Senato e dal ministro proponente, poiché tali dichiarazioni, per quanto autorevoli, non possono infirmare una norma regolamentare, emanata dal potere esecutivo nell'esercizio delle sue facoltà statutarie⁵³.

Infine, merita di essere segnalata una pronuncia nella quale, a una lettura superficiale, potrebbe sembrare che le intenzioni del legislatore siano assunte non già come criterio interpretativo, ma come oggetto di valutazione. Nella sentenza 23 luglio 1897, n. 294, già menzionata, la Quarta Sezione afferma:

Ma non si può, senza calunniare la disposizione, attribuire l'intendimento ingiusto di creare a quegli uditori una posizione di privilegio rispetto ai vecchi e nuovi ... Sarebbe stata ingiustizia per disparità di trattamento ...⁵⁴

A ben vedere, tuttavia, si tratta solo di un'argomentazione sistematica e *ad absurdum*: un'interpretazione eccessivamente estensiva della disciplina sul trattamento economico di una categoria di uditori giudiziari è respinta perché, diremmo oggi, irragionevolmente discriminatoria.

4.2. La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (1950-1952)

Se ora passiamo a considerare la giurisprudenza amministrativa dei primi anni Cinquanta del Novecento, gli stili argomentativi con riguardo alle intenzioni del legislatore si sono modificati sensibilmente. Nei pochi casi in cui il Consiglio di Stato "si abbassa" ad esaminare tali intenzioni, l'argomento viene spesso svalutato e, talvolta, le intenzioni del legislatore storico vengono accantonate o "corrette".

Ad esempio, la sentenza n. 8 del 1952 afferma che "gli elementi desumibili dai lavori preparatori" non possono "determinare l'opera dell'interprete, che si deve sempre esplicitare, in definitiva, in confronto del contenuto della norma"⁵⁵. Analogamente, la sentenza n. 3 del 1950 premette che "ogni corretta interpretazione deve avere per base la norma scritta"; passa quindi ad esaminare la relazione di Pasquale Stanislao Mancini alla legge 20 novembre 1855 del Regno di Sardegna sulla giustizia amministrativa, riconosce che essa è "ispirata ... dalla diffidenza verso supposte esorbitanze dell'Autorità giudiziaria", ma aggiunge che "è anche vero ... che di una tale preoccupazione il testo

⁵² Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 1897, n. 98, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, pp. 82 s. Il giudice prosegue menzionando che l'Ufficio Centrale del Senato aveva chiarito che la modifica era innovativa.

⁵³ Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 1897, n. 4, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, p. 18.

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 23 luglio 1897, n. 294, in *Giust. amm.*, VIII, 1897, I, p. 328.

⁵⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 marzo 1952, n. 8, in *Racc. Cons. St.*, 1952, p. 338.

medesimo non reca traccia⁵⁶. E anche la sentenza n. 6 del 1951 prende in esame i lavori preparatori di una legge dell'anno precedente⁵⁷, ma subito aggiunge, quasi a giustificarsi:

Vero è, come è noto, che la legge va interpretata con i motivi intrinseci in essa contenuti, non con sussidi esteriori, e che, avvenuta la pubblicazione, la legge con la sua volontà oggettiva si separa dal suo autore ... Ma allorché il proposito manifestato dal legislatore in sede di lavori preparatori, ben lungi dal tendere a prevalere contro la lettera e le risultanze della logica del sistema, non sia in disaccordo con il senso del dettato legislativo, la sua elaborazione precedente può assumere valore esplicativo e offrire una guida non trascurabile nel ricercare lo scopo della norma, che nella specie è quello di interpretare la norma anteriore⁵⁸.

Il confronto tra queste due sentenze mostra come il Consiglio di Stato abbia cura di precisare, sia quando si allontana dalle intenzioni del legislatore storico, sia quando le conferma, che tali intenzioni possono avere un ruolo solo ausiliario e mai determinante ai fini dell'interpretazione giuridica.

Sebbene l'argomento psicologico non sia del tutto assente⁵⁹, non c'è dubbio che esso sia meno frequente che nella giurisprudenza di fine Ottocento considerata dall'analisi. Quando compare, può essere ancillare all'argomento *a contrario*⁶⁰ e all'interpretazione teleologica e sistematica⁶¹, risultando pressoché indistinguibile dagli usi formulari e riassuntivi che fanno riferimento al legislatore razionale e alla volontà oggettiva della legge.

In tutte queste occorrenze, manca il pathos della deferenza. C'è una sola eccezione: un solo caso in cui l'Adunanza Plenaria fa riferimento alle intenzioni del legislatore storico come limite politico invalicabile per l'interpretazione giudiziale.

Nella sentenza 3 luglio 1952, n. 12, si trattava di interpretare la disposizione di un decreto legislativo luogotenenziale del 1944 che aveva privato di efficacia giuridica vari atti adottati "sotto l'impero del sedicente governo della repubblica sociale italiana", e il problema era se tale disposizione fosse applicabile anche agli atti adottati nel territorio occupato dall'esercito tedesco

⁵⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 maggio 1950, n. 3, in *Racc. Cons. St.*, 1950, pp. 1 s. Si veda anche Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 1952, n. 6, in *Racc. Cons. St.*, 1952, p. 327, in cui le intenzioni del legislatore storico soccombono all'interpretazione adeguatrice: "È vero che il legislatore, come i lavori preparatori concludono, ha voluto consapevolmente adottare un criterio meccanico [per la determinazione della indennità di espropriazione] ... ma la constatazione non ha rilevanza perché solo il quarto comma dell'art. 42 della Costituzione ... richiede espressamente un indennizzo che ... deve essere congruo o giusto o totale".

⁵⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 1951, n. 6, in *Racc. Cons. St.*, 1951, p. 781 (se la legge n. 995/1950 che attribuisce carattere definitivo ai provvedimenti prefettizi di requisizione abbia portata di interpretazione autentica, e quindi retroattiva, o meno): "Pone in luce la relazione che ha illustrato la proposta della legge del 1950 che gravi incertezze sussistevano in merito alla tutela dei privati lesi dai provvedimenti dei Prefetti".

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 1950 n. 105, in *Racc. Cons. St.*, 1950, p. 55, si diffonde nel ricostruire gli obiettivi perseguiti dal legislatore del d.l.l. 24 aprile 1946 e conclude: "Si volle cioè incitare i costruttori a considerare come particolarmente conveniente lo svolgimento dell'attività edilizia, in quel campo in cui più necessaria risultava la formazione di un esteso patrimonio immobiliare"; Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 1952, n. 6, in *Racc. Cons. St.*, 1952, p. 322, contiene un riferimento ai lavori dell'Assemblea costituente: "E la portata della disposizione [disp. transitoria VII] risulta chiarita, inoltre, dalla relazione fatta all'Assemblea costituente dall'On. Perassi, sulla necessità di evitare che certe garanzie costituzionali restino sospese fin quando sia creata la Corte [costituzionale]".

⁶⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 1952, n. 5, in *Racc. Cons. St.*, 1952, p. 314: "il legislatore, se avesse voluto escludere la valutazione del servizio prestato ... avrebbe dovuto farlo intendere con formula chiara".

⁶¹ *Ivi*, p. 311: "la citata riforma del 1923 non ebbe il fine di porre un argine alla inflazione delle lauree né parti dal presupposto che la laurea, di per sé sola, fosse insufficiente o inidonea a conferire attitudini all'insegnamento, sicché fosse necessario aggiungere ad essa un *quid novum*. Essa volle, invece, solo accrescere nuovo prestigio agli studi universitari ed alla conseguente laurea, nel senso di conferire ad essi un carattere preminentemente accademico o scientifico. Il che emerge chiaramente dall'art. 4, 2° comma, del citato R.D. numero 2102, il quale stabilisce che le lauree hanno esclusivamente valore di qualifiche accademiche...".

subito prima della costituzione della Repubblica Sociale Italiana. L'Adunanza la estende a tali atti in base a un ragionamento analogico, "in quanto ispirati agli stessi principi ed aventi, in linea generale, la medesima finalità", e quindi fa ricorso alle intenzioni del legislatore per giustificare il giudizio sul disvalore di tali principi e finalità senza assumersene la responsabilità: la disciplina

... trae, evidentemente, la sua origine da una valutazione di carattere storico degli eventi verificatisi in quel periodo, la quale essendo stata compiuta dal legislatore ed essendo stata assunta come giustificazione di un precetto legislativo, non può essere qui posta in discussione⁶².

5. *Discussione critica*

Ritorniamo all'ipotesi da cui prende avvio la ricerca: che sia possibile rilevare una variazione significativa nell'uso o nella struttura dell'AIL nel corso del tempo, e che tale variazione non sia meramente accidentale, ma rivelatrice di processi sottostanti, teoricamente proficua. Data questa ipotesi, possono verificarsi tre casi, che sollecitano interpretazioni diverse.

In primo luogo, l'analisi potrebbe registrare il declino quantitativo e la perdita di pregnanza e forza persuasiva dell'AIL. In realtà, questo sembra un risultato già acquisito dallo studio metagiurisprudenziale sin qui condotto, se si assume come termine *a quo* la giurisprudenza più risalente della Quarta Sezione. È un risultato coerente con l'abbandono generalizzato dell'imperativismo come quadro teorico di riferimento della cultura giuridica interna e con altri fattori che potrebbero concorrere con tale abbandono: la crescente conflittualità tra potere politico e magistratura⁶³, la crisi della rappresentanza politica, la trasformazione dell'ideale democratico verso modelli deliberativi, che enfatizzano il dialogo e la procedura a scapito della decisione e della responsabilità, o un'evoluzione del sistema politico verso forme di "post-democrazia"⁶⁴. Sono questi temi correnti della riflessione accademica nelle discipline giuridiche e politiche, che corrispondono alla diffusa percezione dell'impossibilità di pensare il legislatore, e a maggior ragione il parlamento, come vettore di una decisione politica sovrana⁶⁵. Il minimo che si può dire è che oggi la deferenza verso il legislatore non è un atteggiamento che possa essere dato per scontato per nessuno, compresi i giudici. Né è affatto evidente che il legislatore, data la complessità delle mediazioni politiche e dei procedimenti decisionali, sia effettivamente in grado di "volere" qualcosa, a parte l'approvazione del testo normativo nella sua formulazione finale.

In secondo luogo, benché nel periodo complessivo considerato dalla ricerca l'AIL mostri un andamento regressivo, l'analisi potrebbe registrare, in specifici periodi intermedi, una sua maggiore diffusione e una più marcata coerenza. Questo risultato non sarebbe affatto sorprendente. Anzitutto, la deferenza e il *self-restraint* non sono estranei alla prassi giudiziale odierna e, anzi, sono atteggiamenti del tutto appropriati, persino indispensabili, in uno spazio giuridico pluralista, "post-

⁶² Cons. Stato, Ad. Plen., 3 luglio 1952, n. 12.

⁶³ Per uno sguardo d'insieme, vedi A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 345 ss.; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998; C. GUARNIERI, *Magistratura e sistema politico nella storia d'Italia*, in R. ROMANELLI, a cura di, *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 259 ss.

⁶⁴ Il riferimento è al fortunato libro di C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2005; con riguardo al potere giudiziario, vedi le osservazioni di G. PRETEROSSO, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in "Questione giustizia", 4/2016, pp. 77-81, peraltro critico verso i pericoli dello "stato giurisdizionale".

⁶⁵ Sul tema, rinvio a G. ITZCOVICH, *Mitologie della governabilità. Storia e critica di un concetto*, in "Ragion pratica", 46/1, 2016, pp. 9-34, e agli autori ivi citati.

Con riguardo al ruolo della Corte costituzionale, vedi ora M. DELLA MORTE, *La Corte decidente negli squilibri di sistema*, in "Costituzionalismo.it", 1/2023.

sovrano”, che di per sé esclude la subordinazione irriflessa e la verticalizzazione gerarchica, ma non la collaborazione con le autorità che concorrono a formarlo, la disponibilità ad ascoltarne le ragioni e a contribuire alla realizzazione dei loro programmi⁶⁶.

Inoltre, è importante rilevare che l'imperativismo – in ipotesi, solidale con l'AIL e foriero del suo largo impiego – era già in crisi all'epoca in cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato iniziava la sua attività giurisdizionale e usava quegli stili argomentativi analizzati nella ricerca. In quegli anni nasceva e fioriva la scuola di diritto pubblico di Vittorio Emanuele Orlando, che imponeva una concezione storicista e formalista del metodo giuridico, ispirandosi inizialmente a Savigny, poi alla rielaborazione del metodo pandettistico da parte della giuspubblicistica tedesca dell'età guglielmina⁶⁷. Per questi giuristi, la costruzione dogmatica dei concetti e degli istituti, la sistematizzazione dei materiali normativi in un tutto coerente, stabile e intelligibile, erano almeno altrettanto importanti della legislazione e, in realtà, più importanti: erano la garanzia dello statuto scientifico e della relativa autonomia politica della propria disciplina. Perciò rimproveravano ai giuristi pratici un atteggiamento “meramente esegetico”, che comprendeva la fedeltà eccessiva ai testi, difettosi e mutevoli, prodotti dal legislatore, ma anche la ricerca pedissequa e servile delle sue intenzioni. Il giurista come scienziato avrebbe dovuto fare ben altro che compulsare lavori preparatori; dalla storia legislativa, correttamente intesa, sarebbe emerso uno “spirito” irriducibile alla mera ricostruzione di ciò che il legislatore aveva inteso dire sostituendo una parola con un'altra.

Se questo è vero, allora è possibile che la ricerca sui modelli argomentativi in uso presso i giudici amministrativi riveli qualcosa di diverso da ciò che la prima ipotesi prospettava: e cioè che quell'idea della legge come comando sovrano, quel modello di stato moderno con piena verticalizzazione del comando, rimozione dei corpi intermedi e delle mediazioni pluralistiche della società per ceti, sia più un ideale normativo dell'epoca dell'assolutismo, o un'enfaticizzazione unilaterale da parte di storici e sociologi alla ricerca della cifra della modernità, che una realtà effettiva. Anche nell'epoca del suo apogeo, lo stato moderno è attraversato da fratture, sottoposto a forze centrifughe, limitato da sfere di inviolabilità di fatto, da ambiti di irrilevanza dei suoi apparati, nonché da complesse mediazioni interne tra le sue componenti costitutive⁶⁸. Sicché quel “nuovo medioevo” pluralista che sarebbe stato inaugurato dalla crisi contemporanea di tale assetto⁶⁹, in realtà era già lì presente, non essendo mai scomparso del tutto, e sopravviveva ancora in pieno Ottocento nella costellazione di contropoteri, esterni ed interni, tra cui quello dei giuristi che interpretavano il diritto senza troppo curarsi di ciò che il legislatore avesse inteso dire o fare. Giuristi che si preoccupavano anche di altro: di realizzare la giustizia nel caso concreto, ad esempio, o di contribuire allo sviluppo giurisprudenziale

⁶⁶ Questa è un'osservazione diffusa nella letteratura su *adjudication* e democrazia deliberativa; vedi C. VALENTINI, *Deliberative constitutionalism and judicial review: a systemic approach*, in “*Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*”, 47, 2022, <https://doi.org/10.4000/revus.8030>: le corti devono essere “inclusive and receptive with respect to the reasons and arguments of other institutional and non-institutional components of society”.

⁶⁷ Anche su questo rinvio a G. ITZCOVICH, *Vittorio Emanuele Orlando, i confini del diritto pubblico e la dottrina giuridica di oggi*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, a cura di, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, pp. 25-47, e agli autori ivi citati. Per una sintesi efficace e polemica, vedi comunque L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁶⁸ Vedi L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di “Stato moderno”*, in “*Storia Amministrazione Costituzione*”, 2, 1994, pp. 259-297, sulla pluralità dei percorsi di modernizzazione e sulla persistenza, anche in età moderna, di regimi feudali, istituzioni corporative e forti articolazioni territoriali; F. BENIGNO, *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma, Viella, 2013, pp. 163 ss., sulla “rottura del paradigma dello stato moderno”; Sul ruolo dei giuristi, R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.

⁶⁹ Si tratta peraltro di una metafora nient'affatto nuova: sui suoi usi novecenteschi, vedi P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in “*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*”, 31, 2002, pp. 43 ss.; nella teoria delle relazioni internazionali e in sociologia politica, D. ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo Medioevo*, ivi, pp. 77 ss.

di un diritto giusto o utile, in base alla loro comprensione di ciò che era richiesto nelle circostanze date. La supremazia della legge, come immaginata da Hobbes, non è mai esistita, e il dogma della sovranità dello stato di cui parlavano i giuristi comprendeva in sé già innumerevoli mediazioni.

Inoltre, è ragionevole aspettarsi che, nel corso del Novecento, una tendenza alla diffusione e al rafforzamento dell'AIL possa risultare dalla trasformazione dello Stato liberale in "Stato amministrativo", dall'ampliamento e diversificazione dell'azione statale, della copiosa legislazione speciale e in generale da quei processi di "decodificazione" che impongono agli interpreti la considerazione degli obiettivi specifici perseguiti dall'autorità pubblica nei vari settori del suo intervento. In questo contesto, scrive Natalino Irti, la lettera della legge e le intenzioni del legislatore "acquistano un nuovo valore":

Nella logica di norme che, in luogo di predisporre meri strumenti, perseguono fini determinati, l'intenzione del legislatore è tutt'uno con questa *scelta di scopi* ... l'interprete non può prescindere da quelle indicazioni di scopo, se non a rischio di sovrapporre alla logica della legge un rifiuto politico dei fini perseguiti ... o di professare un'inutile e malinconica fedeltà al sistema del codice⁷⁰.

Vi è poi naturalmente una terza possibilità, e cioè che l'analisi, dopo la fase iniziale di avvio della giustizia amministrativa, non riveli variazioni significative nell'uso e nel ruolo dell'AIL nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Una volta consolidatosi l'orientamento metodologico della Scuola di diritto pubblico orlandiana, le pratiche argomentative della giurisprudenza amministrativa potrebbero essersi assestate su un modello strettamente tecnico-giuridico, allontanandosi dalla sensibilità alle intenzioni del legislatore storico o attuale – una sensibilità "da funzionari", più che da giuristi – che caratterizzava, come abbiamo visto, la prima giurisprudenza della Quarta Sezione. Certo, nella prospettiva del ricercatore, la conclusione "niente di nuovo sotto il sole" è la meno desiderabile: tale risultato, o assenza di risultati significativi, si presterebbe infatti a numerose interpretazioni, di cui due, in particolare, meritano di essere menzionate.

Anzitutto, si potrebbe ipotizzare che i processi appena descritti – gli uni responsabili del declino, gli altri dell'ascesa dell'AIL nella giurisprudenza amministrativa – si contemperino a vicenda. Così, la perdita della fiducia e della spontanea collaborazione tra interprete e legislatore tipiche dello Stato monoclasse ottocentesco⁷¹ e presupposto dell'ampio ricorso all'AIL, potrebbe essere stata compensata, nella seconda metà del Novecento, dalla crisi del "giurista scomodo"⁷² – il giurista-scienziato del diritto, non politicamente disponibile – la cui influenza, finché perdurava, ostacolava il ricorso all'AIL nella cultura giuridica improntata a storicismo e formalismo. Analogamente, il consolidamento del formalismo orlandiano nella prima metà del Novecento, o la diminuita disponibilità a collaborare con il potere politico negli anni del fascismo, nella stagione dell'uso alternativo del diritto o di Tangentopoli, potrebbero essere stati bilanciati dalla necessità pratica di tener conto, nell'interpretazione e nell'applicazione della legislazione speciale, degli obiettivi perseguiti dal decisore politico.

Vi è però una seconda interpretazione possibile, più interessante dal punto di vista teorico, per quanto indimostrata e indimostrabile con gli strumenti di questo studio. Per formularla, potremmo provare a chiederci come sarebbe una giurisprudenza (amministrativa, ma non solo) che facesse dell'AIL un uso abbondantissimo e sistematico. Naturalmente è possibile immaginare un uso più ampio di quello registrato dalla ricerca – ma possiamo davvero immaginare una giurisprudenza che

⁷⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione* (1979), 4a ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 17.

⁷¹ Sullo stato monoclasse, vedi M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 35 ss.; ID., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 35 ss.; M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, Milano, Il Mulino, 2018, p. 42.

⁷² Per riprendere la nota espressione di E. FORSTHOF, *Stato di diritto e società industriale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 162.

concepisca il proprio compito esclusivamente come attuazione della volontà degli autori del testo normativo? Cioè, come realizzazione delle intenzioni del legislatore concreto, sempre e comunque, a prescindere da considerazioni relative alle aspettative sociali create dal significato letterale del testo, alla coerenza e intelligibilità del sistema nel suo complesso, alla sua razionalità, utilità sociale e conformità ai valori pubblici condivisi, alle esigenze di giustizia nel caso concreto, alle conseguenze prevedibili della decisione, all'adeguamento del diritto all'evoluzione sociale? È difficile immaginare un giudice che rinunci a tutte queste considerazioni e, più in generale, al compito di sviluppare, specificare e anche correggere la legislazione mediante il diritto giurisprudenziale. Dopotutto, l'interprete risponde a una questione pratica, non astrattamente conoscitiva⁷³.

Se questo è vero, il ruolo relativamente modesto dell'AIL in prospettiva diacronica potrebbe riflettere una proprietà strutturale del diritto: non certo una caratteristica di natura metastorica, ma un elemento indefettibile del diritto positivizzato e scritto, nel quale i processi di produzione e applicazione del diritto – di elaborazione del testo e di sua interpretazione – si sono differenziati. Questa differenziazione fa sì che il *rule of law* sia diverso dal *rule by law*, nel senso che, in uno stato di diritto, l'applicazione del diritto non è riducibile all'attuazione dei comandi del legislatore, perché implica la possibilità della contestazione del diritto, nel contraddittorio tra le parti davanti a un giudice indipendente, e la necessità dell'interpretazione e dell'argomentazione⁷⁴. In questo modo, la volontà politica viene non solo implementata, ma anche filtrata e corretta, ed eventualmente piegata e tradita, dai giudici attraverso il ragionamento giuridico, nel contesto di procedimenti formalizzati e pubblici; eventuali errori possono essere corretti e i contenuti adattati alle circostanze del caso. Usando una distinzione avanzata da Mireille Hildebrandt, potremmo dire che il diritto positivo non si limita a informare su ciò che il legislatore ha detto e voluto, o su ciò che accadrà in caso di violazione di una regola, ma in-forma la realtà sociale attraverso una pratica istituzionalizzata di contestazione, interpretazione e motivazione, che non coincide con la mera attuazione di comandi⁷⁵.

A questo proposito, è suggestivo un discorso di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, pubblicato dalla "Rivista di diritto pubblico" nel 1909, in cui si evoca un'immagine del diritto romano nell'età del principato – qui non importa se accurata o no – come caratterizzato dalla perfetta coincidenza tra il diritto applicato dai giudici e il diritto voluto dal legislatore:

⁷³ Questo è un tema da sempre centrale nella topica giuridica e nella riflessione ermeneutica: oltre al classico T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), Milano, Giuffrè, 1962, vedi F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999; G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 147 ss. Ma vedi anche A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 166, per l'osservazione secondo cui "In spite of certain dogmatic ideas concerning 'the will of the legislator' endowing the law with its 'force', it is practically inevitable that the judge will offer resistance towards being ruled by the dead, if the conditions of present-day life and the evaluations represented by us suggest that we interpret the law in a spirit other than the original legislator's". Sull'indispensabile pluralità dei metodi interpretativi e "pluridimensionalità" del diritto, vedi G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 250 ss.; sul diritto giurisprudenziale, L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Roma, Roma TrE-Press, 2024.

⁷⁴ Sulla distinzione tra *rule of law* e *rule by law*, vedi F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, cap. X; B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 91 ss. Vedi J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in "Georgia Law Review", 43/1, 2008, pp. 1-61, per la tesi secondo cui il diritto richiede un processo istituzionalizzato di interpretazione e argomentazione che va oltre la mera attuazione di comandi; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, cap. 2, sul carattere argomentativo del diritto; ID., *Argumentation and Interpretation in Law*, in "Ratio Juris", 6/1, 1993, p. 18 sulla "fallacia positivistica" di considerare accettabili solo gli argomenti basati sull'autorità.

⁷⁵ M. HILDEBRANDT, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, in "The Modern Law Review", 79, 2016, pp. 1-30, spec. pp. 21 ss.

... nel mondo romano ... la legge e le disposizioni esecutive hanno origine sempre da una stessa volontà, e finiscono per avere sempre la stessa efficacia giuridica ad arbitrio di quella volontà, maggioranza di popolo od imperatore⁷⁶.

In quel caso, per Spaventa si trattava della mutevole volontà del legislatore attuale, non di quello storico, e la conseguenza di questa coincidenza tra norma voluta e norma applicata era l'impossibilità dello stato di diritto:

... non era possibile una vera giurisdizione di diritto pubblico, quando il giudice potea mantenere o alterare la legge nell'atto stesso di giudicare se era stata fedelmente eseguita⁷⁷.

Ma questa conclusione conserva la sua validità, a ben vedere, anche se il riferimento fosse alla volontà del legislatore storico, e l'immagine del diritto evocata da Spaventa fosse quella di un imperativismo compiutamente dispiegato, sostenuto da una giurisdizione indefessamente originalista, in cui l'applicazione del diritto si identifica e si risolve nella ricerca della volontà dell'autore del testo normativo.

⁷⁶ R. Ricci, a cura di, *Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV sezione*, in "Rivista di diritto pubblico", I, 1909, pp. 289 ss., p. 294.

⁷⁷ Ibidem.