

John L. Austin e il provvedimento amministrativo

Alessio Sardo, Matteo Timo e Giovanni Tuzet

SOMMARIO: 1. Introduzione e statuizione d'intenti. – 2. John L. Austin: i performativi e la “dottrina delle infelicità”. – 3. Alcune critiche mosse alla teoria di Austin e un primo chiarimento sul modello. – 4. Infelicità del provvedimento amministrativo, inteso come un performativo. – 5. Limiti del modello di Austin, possibili precisazioni e integrazioni, alla luce dell'analisi del provvedimento amministrativo.

1. *Introduzione e statuizione d'intenti*

John L. Austin (Lancaster, 26 Marzo 1911 - Oxford, 8 Febbraio 1960) è, insieme a Paul Grice (Birmingham, 3 marzo 1913 - Berkeley, 28 Agosto 1988), uno dei padri fondatori dell'analisi pragmatica del linguaggio del secondo Novecento. La pragmatica studia gli usi linguistici e, in connessione a questi, tematizza gli aspetti delle intenzioni comunicative, della dipendenza contestuale e, più in generale, dei meccanismi che presiedono agli scambi linguistici. Il più noto contributo di Austin è la teoria dei performativi, che si focalizza sulla dimensione c.d. “illocutoria” di certi proferimenti, ossia, ciò che si fa nel dire qualcosa, dimensione che Austin gradatamente incorpora in una teoria degli atti linguistici articolata¹, in cui si analizzano i tre sensi in cui un dire è anche un fare: locuzione, illocuzione, e perlocuzione, che, insieme, costituiscono «*The total speech act in the total speech situation*»². Per esempio, proferendo nelle opportune circostanze il perfor-

¹ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², a cura di M. Sbisà, J.O. Urmson, Oxford, 1975.

² J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, 147; cfr. M. Sbisà, *Locution, illocution, perlocution*, in M. Sbisà, K. Turner (a cura di), *Pragmatics of Speech Actions*, Berlin, 2013, 25 ss. L'atto locutorio si riferisce a ciò che è detto. L'atto illocutorio è ciò che si fa pronunciando un certo enunciato in un contesto appropriato (asserire, ordinare, domandare, ecc.): “Ti ordino di fare x” pronunciato dall'ufficiale al suo sottoposto è un atto direttivo. L'atto perlocutorio, invece, corrisponde a ciò che il parlante causa pronunciando qualcosa (o gli effetti non-convenzionali e naturali dell'atto linguistico che possono essere imputati al parlante) (J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 109-116). Il punto focale della teoria di Austin sono gli atti illocutori (ciò che si fa nel dire qualcosa), che hanno natura convenzionale. Cfr. J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 116-118; T. Cohen, *Illocutions and perlocutions*, in *Foundations of Language*, 1973, 503 ss.; S.C. Levinson, *Pragmatics*, Cambridge, 1983, 300 ss.;

mativo “Vi dichiaro marito e moglie”, l’enunciante non si limita a riferire qualcosa (il vincolo del matrimonio), ma lo costituisce, generando cambiamenti nello stato deontico dei soggetti implicati.

La teoria dei performativi – pur essendo stata, secondo una lettura dominante, in parte accantonata nei successivi sviluppi della ricerca di Austin – gioca tuttora un ruolo fondamentale sia in pragmatica, sia in filosofia del linguaggio. In tempi molto recenti, il modello performativo è stato persino impiegato per l’analisi degli enunciati imperativi in generale, la cui struttura logica è ricondotta a quella di un performativo esplicito³.

Come suggeriva Geoffrey Warnock, la nozione di performativo di Austin stimola alla riflessione, per la sua “provocante instabilità” (*provoking instability*): se sottoposta a uno stretto scrutinio, tende a “ramificarsi” in una pluralità di distinzioni, portando sul piano della discussione diverse questioni importanti. Tuttavia, eventuali confusioni, se non diventano “croniche”, possono essere evitate attraverso l’introduzione di nuove distinzioni⁴. Inoltre, va ricordato che Austin prendeva sul serio il linguaggio giuridico e il lavoro dei giuristi⁵ e sembrava auspicare ulteriori sviluppi e integrazioni per il suo modello, che doveva essere inteso come uno schema generale da specificare contestualmente, nei vari settori disciplinari⁶. Il nostro contributo cerca di fare tesoro di quest’aspirazione del modello di Austin.

Ci sono molte aree del diritto, diverse da quella riguardante l’azione della pubblica amministrazione (PA), in cui si compiono atti (giuridici) che possono essere ricondotti al modello austiniano performativo il quale, originariamen-

M. Sbisà, *On illocutionary types*, in *Journal of Pragmatics*, 1984, 93 ss.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, Bologna, 1989; E ad., *How to read Austin*, in *Pragmatics*, 2007, 461 ss.; Ead., *The Austinian conception of illocution and its implications for value judgments and social ontology*, in *Ethics and Politics*, 2014, 619 ss.; L. Caponetto, *Undoing things with words*, in *Synthese*, 2018, 315 ss. Come specifica Sbisà nei lavori qui richiamati, l’atto illocutorio “felice” ha effetti che vanno oltre la mera comprensione del proferimento da parte del destinatario: un atto illocutorio felice muta lo status deontico dei partecipanti allo scambio comunicativo: ad esempio, il battesimo di una nave produce l’obbligo di chiamarla *ceteris paribus* con quel nome. Si tratta di effetti non naturali, bensì convenzionali, che riflettono una dimensione normativa.

³ M. Kaufmann, *Interpreting Imperatives*, Dordrecht, 2013.

⁴ «I believe that the notion, so paradigmatically Austin’s, of performative utterances, has proved fertile – as philosophical notions sometimes do – at least in part because of its provoking instability. It has shown a persistent tendency, as of course Austin himself found, both to wobble and to ramify when subjected to scrutiny, and thus can be fruitfully lead one into, not just one topic, but several. I think also, however, that this tendency to waver has, not at all surprisingly, bred certain confusions (in myself among others); and, if these are not to become chronic, distinctions should be attempted» (G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, in *Essays on J.L. Austin*, a cura di I. Berlin et al., Oxford, 1973, 69).

⁵ Cfr. J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 24; N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, 2004, 124 ss.

⁶ L’interesse dei filosofi del diritto per i performativi di J.L. Austin è ben testimoniato dalle dettagliate analisi della performatività di K. Olivecrona, *Law as Fact*², London, 1971 e A. Ross, *Directives and Norms*, New York, 1967. In Italia, la posizione di Austin è stata analizzata da G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974. Inoltre, Uberto Scarpelli ha incluso una trattazione degli enunciati performativi in una storica raccolta (U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 123-142).

te, era inteso come strumento atto a rendere conto di tutti gli atti che presuppongono procedure, inclusi gli atti istituzionali, rituali, e cerimoniali⁷; gli stessi esempi adottati da Austin suggeriscono questo rilievo. Inoltre, a livello più generale, nel modello di Austin il linguaggio ha un carattere eminentemente convenzionale e procedurale: molti degli esempi usati da Austin appartengono proprio alla dimensione istituzionale e pubblica: l'atto del matrimonio, il battesimo di una nave, e così via⁸. Tuttavia, tra i vari atti linguistici giuridici, ci sembra particolarmente utile soffermarci proprio sull'analisi del provvedimento amministrativo, per le seguenti ragioni:

- 1) è un tipo di atto – un esercizio di potere puntuale e fortemente contestuale – che intrattiene un legame molto forte con la nozione di autorità e, soprattutto, con la dimensione procedurale, da un lato, e con l'efficacia sociale, dall'altro⁹; laddove, per “efficacia sociale” intendiamo la produzione di effetti psicologici e materiali (naturali) nel mondo, e per “dimensione procedurale” intendiamo un insieme di (meta-)norme convenzionali, scritte o inesprese, che disciplinano i processi nomopoietici (i.e., la produzione normativa) con uno sguardo alle varie fasi del procedimento;
- 2) proprio come il performativo, il provvedimento ha una forte connessione con la dimensione del procedimento, che è innegabile anche in una prospettiva strettamente “funzionalista”, che concepisce il procedimento essenzialmente come mezzo per raggiungere un determinato fine: il provvedimento;
- 3) il fatto che, se non altro in base alla visione tradizionale, la validità del provvedimento amministrativo risiede non solo nella conformità alle disposizioni che lo disciplinano, ma anche nel rispetto di numerosi principi sul potere discrezionale, che non sempre trovano formulazione precisa in disposizioni¹⁰, accentua il ruolo delle convenzioni e procedure sulla determinazione della sua validità;

⁷ Promesse, consigli, ordini, presuppongono procedure ma, strettamente parlando, non sono atti cerimoniali o rituali.

⁸ Vi potrebbe essere dunque spazio per un'ulteriore analogia con le caratteristiche istituzionali dell'ordinamento, magistralmente descritte da M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss., dove l'ordinamento giuridico è rappresentato fenomenologicamente come un insieme di norme che sorgono contestualmente da una pluralità di azioni individuali e di gruppo, e la normatività ha una base convenzionale e ineluttabilmente relativa («le norme del gruppo originano dalla determinazione del gruppo», ivi, 232). Sul punto, si veda anche M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 404 ss.

⁹ F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995, 255 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

¹⁰ A. Piras, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1972, 599 ss., segnatamente 607; G. Corso, *Validità*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 84 ss., 91 in particolare.

- 4) infine, ci pare che, nel corso degli ultimi cinquant'anni, lo sviluppo della dogmatica amministrativistica abbia prodotto risultati notevoli, che ci sembrano molto utili per integrare e migliorare il modello di analisi proposto da Austin (torneremo su questo punto nel paragrafo conclusivo).

Il presente lavoro si struttura in queste parti: una presentazione estesa della teoria dei performativi e della dottrina delle infelicità (§ 2); l'analisi di alcune obiezioni che sono state mosse alla teoria dei performativi di Austin, le quali impongono di fare alcune precisazioni sul modello austiniiano, ma non costringono ad abbandonarlo (§ 3); un'applicazione della dottrina delle infelicità al provvedimento amministrativo, inteso come un tipo di performativo (§ 4); alcune integrazioni ed emendamenti al modello di Austin che prendono le mosse proprio dalla riflessione sul provvedimento amministrativo (§ 5).

2. *John L. Austin: i performativi e la "dottrina delle infelicità"*

Sin dal 1939, a seguito di una corrispondenza con Prichard, Austin aveva cominciato a interrogarsi sulle ragioni per cui in certe situazioni (segnatamente, certi tipi di promesse) il solo "dire" qualcosa produca degli obblighi¹¹. In particolare, egli cominciò a sostenere che, dato un certo contesto, proferire un enunciato come "Io ti prometto che *p*" non è soltanto un dire – così come invece potrebbe essere, per certi versi, soltanto un dire il proferimento di un enunciato come "Fuori piove" – ma implica anche un fare¹²: compiere l'azione di promettere. Questa considerazione condusse Austin a fissare, proprio all'inizio della sua opera più celebre – ci riferiamo alla raccolta di lezioni eloquentemente intitolata *How to do Things with Words* (prima ed. 1962, sec. ed. 1975) – la distinzione fra "constativi", ossia enunciati che descrivono, o si riferiscono a, uno stato di cose, ma che *non* producono cambiamenti nella realtà, e "performativi", intesi come proferimenti non-vero condizionali, che non constatano proprio nulla e, cionondimeno, sono significativi, perché producono effetti nel mondo¹³. In alcuni casi, i performativi creano, modificano, estinguono quelli che oggi ormai usiamo chiamare – seguendo il lessico di John Searle, celeberrimo allievo e critico di Austin – "fatti istituzionali"¹⁴. La distinzione in oggetto comporta la denuncia della cosiddetta

¹¹ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit.; G.J. Warnock, *op. cit.*, 69; G.J. Warnock, *J.L. Austin*, London/New York, 1989, 105.

¹² J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit.; G.J. Warnock, *ult. op. cit.*, 106.

¹³ In termini logici si usa anche dire che i constativi sono "vero condizionali" (hanno, cioè, condizioni di verità), mentre i performativi non lo sono in quanto non vertono su qualcosa di esistente ma producono qualcosa.

¹⁴ Basti considerare che non tutte le promesse sono istituzionali. J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995.

“fallacia constativa”: l’idea che tutti gli enunciati siano, in un certo senso, descrittivi e il loro contenuto semantico ridicibile a proposizioni¹⁵.

I performativi non sono enunciati caratterizzati da una forma sintattica peculiare: a ben vedere la loro forma grammaticale è equivoca, perché sembrano apparentemente enunciati indicativi¹⁶. Tuttavia, se pronunciati in un certo contesto, da persone particolari, in relazione a determinate procedure convenzionalmente accettate, permettono di compiere determinate azioni¹⁷. Ad esempio, se durante il varo di una nave, la persona correttamente designata proferisce l’enunciato “Io battezzo questa nave Queen Elizabeth”, l’enunciato non vale come mera constatazione o descrizione di ciò che la persona sta facendo; si tratta piuttosto dell’enunciato (performativo) che consente di compiere l’azione di battezzare la nave. Lo stesso vale per un enunciato del tipo “Vi dichiaro marito e moglie” che, poniamo, pronunciato dall’officiante nel rito del matrimonio, serve per compiere (e non già descrivere) l’azione di sposare due persone. D’altro canto, vale la pena di precisare subito che un performativo può essere realizzato anche senza rendere manifesto l’atto che si sta compiendo a livello della “superficie” sintattica dell’enunciato mediante un cosiddetto verbo performativo (“Io battezzo”, “Io vi dichiaro”, ecc.) o un altro tipo di “marcatore” esterno. Per esempio, possiamo fare una promessa senza usare espressamente il verbo performativo “Io prometto”¹⁸, ma ricorrendo a un gesto, una perifrasi, o un elemento del contesto di proferimento¹⁹. Peraltro, lo stesso Austin alludeva a questo peculiare fenomeno: ciò che denominava “enunciato performativo inespliato”²⁰.

Infatti, ciò che consente all’enunciato performativo di svolgere la propria funzione non è la forma grammaticale, ma piuttosto l’esistenza di certe convenzioni e, in ultima analisi, di una procedura che associa determinati effetti al proferimento di certi enunciati. Andando oltre il modello di Austin, che non si espri-

¹⁵ M. Black, *The Labyrinth of Language*, New York, 1968, 93; K. Olivecrona, *op. cit.*, 217.

¹⁶ Sul punto K. Olivecrona, *op. cit.*, 218.

¹⁷ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit.; G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 114-115.

¹⁸ K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, Cambridge, 1979.

¹⁹ Circostanza questa che, come si avrà modo di meglio delineare nel prosieguo, si riscontra anche nel provvedimento amministrativo, giacché in quest’ultimo la forma scritta non è imposta in tutti i casi, potendosi dare ipotesi di provvedimenti esclusivamente verbali (si pensi all’ordine impartito oralmente) o di provvedimenti non verbali (esempio classico è l’ordine gestuale impartito, con la propria paletta, dall’agente della polizia municipale finalizzato a far accostare un veicolo). Senza alcuna pretesa di esaustività e rinviando alla dottrina che si avrà modo di citare nelle pagine successive, si richiama sin da ora la ricostruzione di P.M. Vipiana, *L’attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, 2017, 87 ss. Sulla forma quale requisito essenziale dell’atto amministrativo si rinvia – oltre che alla dottrina richiamata nelle pagine successive – a M. D’Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*³, Torino, 2019, 305 ss.; P.M. Vipiana, V. Cingano, *L’atto amministrativo*, Padova, 2012, 63 ss.; S. Perongini, *Il provvedimento amministrativo*, in S. Cognetti *et al.* (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 372 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*², I, Milano, 2003, 797 ss.

²⁰ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 32 ss.

meva propriamente in questi termini, tali convenzioni potrebbero essere rappresentate *mutatis mutandis* come regole costitutive, che hanno una forma logica del tipo “X vale come Y nel contesto C”, laddove “vale come” (*counts as*) può essere inteso sia come espressione di una convenzione in senso stretto, sia come espressione una mera consuetudine²¹.

Più specificamente, alcuni dei performativi di Austin hanno proprio l’effetto di realizzare mutamenti nella sfera deontica di certi soggetti e, per questo, si prestano a essere letti come (una sottoclasse di) enunciati direttivi. Qui Austin²² discorre in termini di effetti convenzionali – vale a dire, effetti non naturali – dell’atto illocutorio. Per quanto ci è dato di conoscere, i primi a esplorare intensamente questo profilo del pensiero di Austin sono stati Olivecrona e Sbisà, con le rispettive estese analisi dei “poteri deontici”²³. Come avrà modo di precisare Marina Sbisà²⁴, gli effetti (illocutori) prodotti da un performativo non sono tanto “fisici” o “materiali”; essi riguardano piuttosto la “realtà sociale” e, più precisamente, i profili giuridici della stessa. Gli effetti di un performativo felice consistono in un cambiamento convenzionale nella dimensione deontica e normativa.

Anche Max Black²⁵ ha notato che i performativi di Austin sono *claim generating*, nel senso che, producendo obblighi, privilegi, e immunità, determinano l’insorgenza, in capo a certi soggetti, della possibilità di sollevare pretese sul comportamento altrui. Proprio per questo, l’atto infelice è “defettibile”: sotto certe condizioni, i suoi effetti convenzionali (cioè, non naturali) possono essere resi *null and void*²⁶. Al contrario, gli effetti perlocutori sono irreversibili. Ad esempio, un insulto potrebbe essere infelice perché immotivato e, pertanto, ritirato dal parlante; cionondimeno, le conseguenze naturali di tale insulto – e.g., la reazione psicologica di rabbia del destinatario – non si possono cancellare.

Gli effetti deontici si manifestano nella dimensione illocutiva dell’atto, quelli psicologici nella dimensione perlocutiva: ad esempio, dopo il battesimo di una nave abbiamo in qualche modo il dovere di chiamarla con il nome che le è stato

²¹ J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969; G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, cit., 71.

²² J.L. Austin, *ult. op. cit.*, 115-116.

²³ K. Olivecrona, *op. cit.*, 219 ss. e M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit. Si noti che K. Olivecrona, *op. cit.*, 226, introduce un’ulteriore precisazione sul punto, distinguendo fra due tipi di effetti giuridici: i) quelli che riguardano le relazioni personali e la proprietà; ii) quelli che si realizzano attraverso le corti e le agenzie governative. Secondo Olivecrona, solo i secondi producono effetti reali.

²⁴ M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.; Ead., *How to read Austin*, cit.

²⁵ M. Black, *Austin on performatives*, in *Philosophy*, 1963, 217 ss., segnatamente 222.

²⁶ M. Sbisà, *How to read Austin*, cit., 465-466. «*The border between Illocution and Perlocution runs between conventional effects and changes in the natural course of events: The formers are cancellable and defeasible, the latter are not, and if they are brought about by means of a speech act, their production amounts to a perlocutionary act. In fact, the distinction between Illocution and Perlocution is at all possible only if a difference between natural and conventional effects is accepted*» (ivi, 466).

dato, tant'è che chiunque ha poi il potere di criticarci se non lo facciamo; mentre la gioia dei partecipanti alla cerimonia è una conseguenza naturale dell'atto.

La dimensione deontica è presente non solo negli atti esercitivi (cioè, atti che consistono nell'esercizio di un potere) e direttivi, ma anche in altri tipi di atti linguistici: persino nei cosiddetti "comportativi"²⁷ che, normalmente, non presuppongono alcuna relazione di potere. Prendiamo ad esempio l'atto comportativo di congratularsi: se mi congratulo, poi avrò il dovere (morale) di matrice convenzionale di essere coerente con quello che ho fatto.

La dimensione deontica non implica che tutti gli atti linguistici siano istituzionali: come emerge dal modello austiniano elaborato da Sbisà²⁸, gli atti linguistici discorsivi sono legati a procedure convenzionali: seguono degli *scripts*, ma non hanno dimensione istituzionale; e lo stesso vale per le procedure convenzionali non-istituzionali: gli ordini informali, per esempio. L'importanza del legame tra obbligo ed elemento convenzionale – e, in ultima analisi, procedurale – dell'atto è ben dimostrata, invece, dal rilievo che, con buona pace dei sostenitori della dottrina "imperativistica" classica, la mera manifestazione di una volontà o di una intenzione non necessariamente vale come ordine in assenza di una procedura e un atto di delegazione (implicita o esplicita) di potere.

Sia detto per inciso, Austin non spiega l'origine della performatività. Prova a farlo invece Olivecrona²⁹ che, reinterprestando la teoria di Austin alla luce del proprio retroterra filosofico, e dei suoi precedenti studi sulla moneta e sul diritto romano, ritiene che la performatività, in ultima analisi, appartenga alla dimensione psicologica delle persone, intesa come fonte ultima delle convenzioni cui fa riferimento Austin nella sua teoria dei performativi. A ben vedere, questa reinterpretazione si spinge ben oltre il modello originario di Austin, che tende piuttosto a inquadrare simili elementi psicologici come parte della dimensione perlocutiva degli attinguistici. Riprendendo l'esempio del battesimo di una nave, se l'atto è compiuto correttamente, gli astanti saranno preparati ad accettare in maniera quasi irriflessa di dover chiamare la nave "Queen Elizabeth". All'opposto, se il battesimo è compiuto, poniamo, da un passante ubriaco, che battezza la nave "Mr. Stalin", allora gli astanti si rifiuteranno di chiamare la nave in quel modo. Il conferimento del nome non è in realtà "attaccato" alla nave – o all'essenza del concetto di nave – così come due sposi non sono realmente vincolati da qualcosa. L'atto del battesimo è piuttosto intimamente legato all'elemento procedurale del rito, della cerimonia che – portatore di un retaggio mistico ancestrale, collegato alla religione e alla magia, secondo Olivecrona³⁰, e, più plausibilmente, legato

²⁷ M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

²⁸ M. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.; Ead., *How to read Austin*, cit.

²⁹ K. Olivecrona, *op. cit.*, 221, 224-225.

³⁰ Ivi, 226 ss.

alla dimensione convenzionale, secondo Austin – associa all’enunciato performativo una funzione sociale di condizionamento³¹, che per Austin è perlocuzione, mentre per Olivecrona è pura e semplice performatività. È questa la ragione ultima per cui, secondo entrambi, gli atti che non corrispondono alle convenzioni non sono capaci di produrre effetti. In termini più aderenti ad Austin, diremmo che gli effetti illocutori del performativo sono di tipo “non-naturale”: essi dipendono da – pur non coincidendo con – le convenzioni dell’atto: l’atto illocutorio consiste nel produrre effetti convenzionali e la convenzionalità dell’atto linguistico implica che gli stati psicologici siano spesso irrilevanti per la riuscita dell’atto stesso, con buona pace di Olivecrona.

Accantonando però le considerazioni del filosofo del diritto scandinavo, e tornando all’esposizione del pensiero di Austin, vorremmo porre l’accento sul fatto che il solo pronunciare un enunciato del tipo “Vi dichiaro marito e moglie” non basta a realizzare un matrimonio (per Austin: a produrre l’effetto di un matrimonio); affinché il performativo abbia effetto, è necessario che siano soddisfatte una serie di precondizioni – poniamo: che vi siano due soggetti maggiorenni (o minori emancipati), non già sposati, capaci d’intendere e di volere, ecc. – che vi sia una persona “qualificata” per sposare e, soprattutto, che si rispetti una determinata procedura convenzionale³². Senza questi elementi, il performativo “fallisce” o, nella migliore delle ipotesi, va comunque a buon fine, restando però un atto linguistico “viziato” o “difettoso”. Normalmente, le condizioni di felicità sono presupposte e non sempre esplicitate nella comunicazione³³.

Nel corso di *How to Do Things with Words*, Austin precisache vi sono diverse forme di infelicità³⁴: alcune rendono l’atto linguistico nullo e vacuo (*null and void*), come se si trattasse di un “contratto putativo” (*putative contract*), perché “infettano” (*infect*) irrimediabilmente la struttura dell’atto linguistico. Queste sono le cosiddette condizioni di tipo A e B. Altre, invece, sono meno gravi, producendo *flaws and hitches* che non pregiudicano l’esistenza stessa dell’atto. Queste sono le condizioni di tipo Γ. Come rileva Austin, proferimenti come “Egli ha stimato scorrettamente che...”, o “Il giudice ha deciso a torto che l’imputato è colpevole” mostrano che certi atti linguistici possono essere validamente esistenti, ancorché difettosi (la stima è scorretta, la decisione è sbagliata). Torneremo su questi profili fra poco, certi però che quanto appena detto suggerisce già alcuni elementi di analogia fra performativi e atti giuridici.

I performativi hanno dunque – per riprendere il lessico di Austin – delle “condizioni di felicità”: se qualcosa va storto nella procedura, non diremo che l’e-

³¹ Ivi, 225.

³² J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit., 1 ss., 12 ss.; G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 108-109.

³³ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 51.

³⁴ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit., 14, 22-23, 26-28, 106, 150-162.

nunciato è falso; diremo piuttosto che l'enunciato è "infelice" (*unhappy*). L'infelicità è una caratteristica che possono avere tutti gli atti rituali, cerimoniali, giuridici, i giochi e, in generale, tutti gli atti convenzionali (scommesse, compravendite, battesimi, matrimoni, e via dicendo), che presuppongono procedure³⁵. Quando l'atto è felice, come si accennava, esso produce mutamenti nei diritti, status, obblighi, privilegi dei soggetti coinvolti, normalmente non ottenibili in caso di un atto afflitto da (gravi) infelicità.

Come accennato sopra, Austin stabilisce un ordine, una tassonomia delle condizioni di felicità, distinguendo tra condizioni di tipo A e B, da un lato, e di tipo Γ , dall'altro. Affinché si dia la produzione di effetti convenzionali (sociali), è sufficiente che le condizioni di tipo A e B siano soddisfatte, mentre le Γ rilevano ai fini della piena validità dell'atto linguistico. In altre parole, A e B rimandano alle condizioni di nullità dell'atto, secondo modalità diverse³⁶. Il cambio di alfabeto – da romano a greco – enfatizza la diversa natura delle condizioni di infelicità.

Affinché un performativo sia "felice" (*happy*), secondo Austin, devono darsi così le seguenti condizioni³⁷:

- A1) deve esistere una procedura accettata convenzionalmente che collega determinati effetti al proferimento di certe parole da parte di un determinato soggetto, data una serie di circostanze;
- A2) la persona e le circostanze devono essere "appropriate" (*appropriate*) per l'invocazione della procedura che il parlante intende impiegare;
- B1) la procedura dev'essere eseguita correttamente (*correctly*);
- B2) la procedura dev'essere compiuta in maniera completa (*completely*);
- Γ 1) se la procedura prevede che chi la intraprende debba avere certi pensieri, sentimenti, o intenzioni, allora le persone che la intraprendono devono (*must*) avere tali pensieri, sentimenti, intenzioni;
- Γ 2) le persone che intraprendono la procedura devono comportarsi in maniera congruente con essa.

Se tali condizioni non sono rispettate, allora l'atto è infelice (*unhappy*); come vedremo, le conseguenze dell'infelicità variano secondo il tipo di condizione che non è stata soddisfatta.

Austin distingue fra due principali forme di infelicità (*ways of being unhappy*) dei performativi: 1) i colpi a vuoto (*misfires*), che corrispondono ai casi *sub* A e B; 2) gli abusi (*abuses*), che corrispondono ai casi *sub* Γ . Nel caso di un colpo a vuoto (*misfire*), l'atto o è preteso (*purported*), o potrebbe considerarsi come un tentativo (*attempt*), ma esso è "nullo o privo di effetti" (*void or without effects*);

³⁵ Ivi, 18-19.

³⁶ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 15 ss.

³⁷ Ivi, 14-15.

in altre parole, non è condotto con successo, o non è “realizzato”³⁸. Gli esempi addotti da Austin, in questo caso, sono due: quello del matrimonio tra persone già sposate; e quello del varo di una nave effettuato non già dal capitano (o dalla madrina), bensì dal mozzo.

Più precisamente, Austin distingue due tipi di *misfires*:

- A) le *misinvocations*, che hanno luogo quando manca la procedura invocata (A1) oppure quando, pur essendoci una procedura, essa non può essere applicata nel modo in cui si cerca di applicarla (A2)³⁹. Quando manca la procedura si hanno dei *non-plays* (A1), come nel caso di un matrimonio tra un uomo e una scimmia (infatti, non esistono procedure per il matrimonio inter-specie, illegale in quasi tutti gli ordinamenti); quando invece non può essere applicata così come si sta cercando di fare si hanno delle *misapplications* o, in altre parole, dei *misplays* (A2). Un esempio di *misapplication* è il caso in cui un soggetto passa e battezza la nave con un nome diverso da quello designato (Mr. Stalin) e non spetta a lui farlo;
- B) le *misexecutions*, che corrispondono ai casi in cui la procedura c'è, è applicata correttamente (*does apply all right*), ma sbagliamo, “ceffiamo” (*to muff*) il rito “con conseguenze più o meno tragiche”; in altre parole, c'è un vizio o un difetto nell'atto⁴⁰. Anche qui possiamo distinguere due casi: (B1) quelli in cui ci sono dei “vizi” (*flaws*), che danno luogo a una *misexecution* (aggiungiamo noi, *in a strict sense*); (B2) quelli in cui ci sono invece degli “intoppi” (*hitches*), che danno luogo a *non-executions*⁴¹.
- 2) Nel caso di un abuso, invece, l'atto è professato (*professed*) – nel senso di preteso (*claimed*) – ma è vuoto (*empty*); esso, in alcune circostanze, può essere anche compiuto o realizzato (*achieved*), ma costituisce un abuso della procedura⁴². L'atto è – in senso tecnico – “insincero”. Per esempio, se prometto di darti la luna⁴³, non sto facendo realmente una promessa; piuttosto, sto scherzando e quindi, in un certo senso, sto formulando una “promessa vuota”. Sia detto per inciso, così facendo Austin stabilisce una connessione (indiretta) fra performativi e verità. Un performativo non può essere vero o falso; talvolta, però, per essere felice, un performativo presuppone, o implica, la verità di un certo enunciato – o la credenza che qualcosa sia vero⁴⁴.

³⁸ Ivi, 16.

³⁹ «There is a misinvocation of a procedure – either because there is, speaking vaguely, no such procedure, or because the procedure in question cannot be made to apply in the way attempted» (ivi, 17).

⁴⁰ «The procedure is all right, and it does apply all right, but we muffed the execution of the ritual with more or less dire consequences [...]: the purported act is vitiated by a flaw or hitch in the conduct of the ceremony» (ibid.).

⁴¹ Ivi, 17-18.

⁴² Ivi, 16.

⁴³ L'esempio è di C. Penco, *Truth, assertion and charity*, in *Peruvian Journal of Epistemology*, 2008, 1 ss.

⁴⁴ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 112.

Per quanto riguarda gli abusi distinguiamo fra: (Γ1) i casi d'insincerità (*insincerity*) o dissimulazione (*dissimulation*); (Γ2) i casi d'inadempimento (*non-fulfillments*), infrazione (*infractions*), rottura (*breaches*). Si noti bene che Austin concede la possibilità di dubbi o incertezze sulla qualificazione di un certo caso come mancanza della procedura (A1) o infrazione, inadempimento, di un'altra procedura (Γ2)⁴⁵. Parimenti, Austin concede che potrebbero presentarsi altri dubbi all'ora di stabilire se manchi la procedura (A1) o se, invece, vi sia una procedura, ma sia applicata male (A2): riprendendo l'esempio del matrimonio interspecie, si potrebbe sostenere, plausibilmente, sia che manchi una disciplina per il matrimonio fra esseri di specie diverse sia, alternativamente, che la disciplina del matrimonio esista, ma che applicarla a esseri appartenenti a specie diverse dia luogo a una *misexecution*.

Vale la pena di ricordare ancora un'ultima precisazione di Austin sulla dottrina delle infelicità: queste non sono mutuamente esclusive; infatti, lo stesso performativo potrebbe essere afflitto da diverse forme d'infelicità. L'esempio di Austin è la promessa insincera fatta a un asino di dargli una carota. Austin però non spiega se ed eventualmente come una di queste infelicità "assorba" le altre. Precisiamo altresì che le condizioni di felicità di Austin – a differenza di quelle di Searle – sono aperte e includono la vaghezza nel modello: il modello di Searle⁴⁶, all'opposto, cerca di definire ciascuna condizione di felicità come un insieme di condizioni necessarie e congiuntamente sufficienti per la riuscita dell'atto linguistico, elaborando, insieme a Vanderveken⁴⁷, una formalizzazione logica degli atti linguistici. Questa caratteristica del modello di Austin ben si adatta alla natura del provvedimento amministrativo: eterogenea e *fuzzy*⁴⁸.

⁴⁵ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, cit., 18.

⁴⁶ J.R. Searle, *Speech Acts*, cit.; Id., *A taxonomy of illocutionary acts*, in Id. (a cura di), *Expression and Meaning*, Cambridge, 1979, 1 ss.; Id., *The Construction of Social Reality*, cit.

⁴⁷ J.R. Searle, D. Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge, 1985.

⁴⁸ Cfr. M. Ramajoli, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 2009, 41 ss.; B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss., specie 14 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 1. Invero, la medesima scienza amministrativistica non ha esitato a osservare come la nozione stessa (e, di conseguenza, la natura giuridica) dell'atto amministrativo sia difficilmente incardinabile in moduli chiusi. Così, è stato osservato che «il regime giuridico in questione è stato per lungo tempo costituito solo in minima parte da regole legislative. È stato invece rilevante soprattutto un diritto giurisprudenziale ispirato da una dottrina impegnata nella costruzione di una nozione anche oggettiva di atto amministrativo quale elemento di una visione generale del diritto amministrativo, a sua volta ispirata da concezioni riguardanti in generale l'assetto ed il reciproco rapporto tra i poteri e le funzioni pubbliche (tra cui l'amministrazione pubblica), anche in relazione alle diverse interpretazioni di volta in volta accolte in riferimento alle vicende storiche dei diversi ordinamenti statali» (D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano, 2014, 46-47). Peraltro, in precedenza, lo stesso Massimo Severo Giannini aveva avuto modo di rilevare che non si deve «cadere negli errori, pur così diffusi, di credere che l'atto amministrativo [...] sia una categoria generale di ogni ordinamento, e di credere che l'esperienza degli ordinamenti generali latino-germanici del periodo successivo a quello dell'affermarsi dello Stato di diritto possa esser generalizzata nello spazio, o, peggio, nel tempo, o

3. *Alcune critiche mosse alla teoria di Austin e un primo chiarimento sul modello*

La teoria di Austin è stata bersaglio di alcune critiche. In questa sede prenderemo in considerazione le principali obiezioni che le sono state mosse⁴⁹. Più specificamente, sosterremo che esse non forniscono ragioni sufficienti per abbandonare l'applicazione dell'analisi performativa agli atti convenzionali e, in special modo, a quelli di natura giuridica. Infatti, abbiamo modo di ritenere che la teoria di Austin possa essere mantenuta e applicata in maniera proficua all'analisi del provvedimento amministrativo, a patto di sciogliere alcune ambiguità iniziali e introdurre alcune specificazioni, che in buona parte sono state suggerite dalle ricerche su Austin condotte negli ultimi quarant'anni da Sbisà.

I. *In primis* si è obiettato che non è chiaro che cosa sia un performativo o, più moderatamente, che la nozione di performativo è afflitta da vaghezza. L'obiezione sembra fondata solo in parte⁵⁰. In difesa di Austin, possiamo osservare che l'oggetto della sua teoria sembra, in verità, ben demarcato, corrispondendo a quei casi in cui ciò che è detto svolge una "funzione operativa" all'interno una procedura convenzionale e dove, se tutto va bene, pronunciare certe formule vale come il compimento di un certo atto e produce determinati effetti. Di conseguenza, almeno secondo chi scrive, sembra eccessivo affermare che non è per nulla chiaro che cosa sia un performativo per Austin.

Sempre in difesa di Austin, pur concedendo che la sua teoria dei performativi includa la vaghezza nel modello – e questa è chiaramente una scelta consapevole di Austin – in particolare per quanto concerne i singoli tipi d'infelicità, possiamo considerare che tutte le teorie, in una certa misura, presentano tale forma d'indeterminatezza. Solo le teorie costruite interamente nel linguaggio artificiale della matematica o della logica possono contenere la vaghezza con stipulazioni⁵¹. Inoltre, come accennato, per Austin le condizioni di felicità non sono condizioni necessarie e sufficienti affinché si dia l'atto. Sono sempre condizioni aperte⁵².

possa esser assunta come esperienza esemplare, frutto di più raffinata coscienza giuridica, e quindi da assegnare a programma dello spirito universalizzante» (M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 159-160).

⁴⁹ Ossia quelle formulate da: M. Black, *Austin on performatives*, cit.; P. Strawson, *Intention and convention in speech acts*, in *Phil. Rev.*, 1964, 439 ss.; K. Olivecrona, *op. cit.*; S.M. Schiffer, *Meaning*, Oxford, 1972; J.R. Searle, *A taxonomy of illocutionary acts*, cit.; K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, cit., 120 ss.

⁵⁰ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 117.

⁵¹ R.T. Cook, *Vagueness and mathematical precision*, in *Mind*, 2002, 225 ss.

⁵² M. Sbisà, *Varieties of speech act norms*, in *Poznan Stud. in the Phil. of the Sciences and the Humanities*, 2018, 23 ss., segnatamente 25-27.

Quindi, per Austin, la vaghezza è normale in un'analisi di questo tipo. Accettare l'idea che un'analisi del linguaggio vada abbandonata perché le nozioni con cui è costruita presentano un certo grado di vaghezza è assurdo: implicherebbe l'impossibilità di fare teoria fuori dalla matematica o dalla logica. In altre parole, posto che la vaghezza è un fenomeno ineliminabile nel linguaggio naturale, tecnicizzato, e semi-formalizzato, sembra fuori luogo considerare che la sua presenza fornisca una buona ragione per abbandonare una serie di distinzioni.

Stando così le cose, possiamo concedere pacificamente la possibilità che, accanto ai casi in cui le convenzioni stabiliscono delle procedure molto strette per certi tipi di performativi, vi siano anche casi in cui le procedure sono così poco chiare, contraddittorie, o lacunose da produrre un'incertezza nell'applicazione di una certa forma d'infelicità. Peraltro, Austin aveva ben presente questo problema, tant'è che auspicava uno sviluppo ulteriore del suo modello dei performativi (anche da parte dei giuristi) per ridurre la vaghezza all'interno di contesti specifici, una volta che siano fissate le circostanze di valutazione.

Vero è che, a questo punto, l'obiezione potrebbe essere riformulata così: la teoria di Austin va abbandonata perché le nozioni su cui si fonda sono afflitte da un grado intollerabile di vaghezza. Crediamo che, anche ripresentato in questi termini, il *claim* vada rigettato, sulla scorta della seguente considerazione: nel determinare le soglie di tollerabilità per la vaghezza, bisogna tener conto, fra gli altri parametri, del livello di astrazione cui si pone l'analisi. Orbene, poiché Austin vuole proporre soltanto uno schema generale per l'analisi di ogni enunciato performativo e delle sue condizioni di felicità, non sembra che il grado di vaghezza dei concetti impiegati sia eccessivo.

Andando oltre un giudizio che può apparire opinabile, crediamo che vi sia un test più oggettivo per difendere quest'idea: come vedremo tra poco, le distinzioni proposte da Austin per identificare le varie forme di felicità/infelicità di un performativo possono essere tranquillamente impiegate – senza bisogno di ridefinizioni – addirittura per catturare le diverse forme d'invalidità di un provvedimento amministrativo. Ciò, evidentemente, mostra in modo persuasivo che le distinzioni approntate da Austin dopo la metà del secolo scorso sono tuttora “sensibili” addirittura al tecnicismo della teoria amministrativistica italiana (che ha raggiunto un livello notevole di sofisticazione): chiaramente, il modello potrà poi essere integrato e ulteriormente specificato ma, ad eccezione di un problema legato alla nullità, le distinzioni di Austin non “saltano” per eccessiva vaghezza se applicate a un performativo molto “tecnico”, qual è il provvedimento amministrativo nel diritto italiano.

Tuttavia, fermo restando quanto appena detto, come accennato, bisogna concedere che l'obiezione non è del tutto immotivata. Infatti, come nota War-

nock⁵³, Austin ha usato almeno tre nozioni diverse di performativo nella sua opera sopra ricordata. La prima, che è la principale e, probabilmente non a caso, è espressa all'inizio del lavoro, presenta il performativo come un enunciato "convenzionale", che è parte di una procedura, rito, cerimonia, convenzionale, in virtù della quale tal enunciato vale come il compimento dell'atto per cui la procedura è stata designata. La seconda, invece, presenta il performativo come quell'enunciato che afferma esplicitamente l'azione che sta compiendo ("Io prometto di fare X", "Ti suggerisco di fare X", ecc.). La terza, infine, corrisponde all'idea generale che si ha un performativo ogniqualvolta un parlante, nel dire qualcosa, compie un'azione, indipendentemente dal tipo o dalle procedure. Secondo quest'ultima distinzione, ogni atto linguistico sarebbe dunque un performativo nella sua componente illocutoria (perché l'atto linguistico è unitario, ma si possono considerare tre sensi in cui dire è fare: locuzione, illocuzione e perlocuzione).

Orbene, le prime due nozioni di performativo, evidentemente, tracciano la distinzione rispetto all'atto constativo in modo diverso, ma, in entrambi i casi, non la annullano. Un esempio di constativo esplicito è l'enunciato assertivo "Affermo che la terra è rotonda". La terza nozione, invece, è più problematica e, peraltro, sarà quella che porterà Austin ad abbandonare (apparentemente) la distinzione performativo/constativo, e a considerare che ogni dire è anche un fare o, se vogliamo, che ogni atto linguistico è una *performance*, che può essere analizzata con la tripartizione locuzione, illocuzione e perlocuzione⁵⁴. Infatti, se consideriamo che ogni dire è anche un fare, allora, dobbiamo accettare, per coerenza, che anche un atto constativo sia, in fin dei conti, un certo tipo di performativo, legato alle convenzioni che disciplinano il "gioco" dell'asserzione. È così che la distinzione constativo/performativo collassa⁵⁵. Peraltro, il collasso è coadiuvato dal rilievo che, oltre all'essere vero o falso, un atto constativo può presentare altre forme di felicità o infelicità⁵⁶: un'asserzione, per esempio, ancorché vera potrebbe essere infelice, perché proferita per scherzo da un soggetto epistemicamente incompetente. Si noti che, in questo modo, collassa anche la distinzione constativi espliciti/performativi espliciti, essendo i primi riducibili ai secondi⁵⁷.

Ebbene, come possiamo superare quest'obiezione? Premesso che essa implicherebbe il collasso del constativo in performativo, e non viceversa, crediamo

⁵³ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 119.

⁵⁴ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit.; v. anche G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 119; per alcuni caveat sulla tesi del mutamento radicale nella teoria di Austin, cfr. almeno Id., *Some types of performative utterances*, cit., 75 ss.

⁵⁵ W. Cerf, *Critical review of How to do things with words*, in K.T. Fann (a cura di), *Symposium on J.L. Austin*, London, 1969, 351 ss.; J.R. Searle, *Austin on locutionary and illocutionary acts*, in *The Phil. Rev.*, 1968, 405 ss.; K. Olivecrona, *op. cit.*, 238.

⁵⁶ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 134.

⁵⁷ K. Bach, *Performatives are Statements Too*, in *Phil. Studies*, 1975, 236 ss.

nondimeno che l'unica soluzione possibile sia raffinare il modello di Austin così come aveva proposto a suo tempo Warnock, eliminando l'ambiguità in questione e stipulando che il senso corretto in cui va interpretato il concetto di performativo corrisponde al primo fra quelli evidenziati. Peraltro, la scelta è supportata da una serie di ragioni rilevanti:

- a) così come segnala Warnock⁵⁸, con tutta probabilità, questo primo senso di performativo corrisponde all'idea principale e originaria di Austin, il quale, almeno in una fase iniziale della sua ricerca, considerava i performativi come una sottoclasse speciale di enunciati. Sebbene Austin non avesse espressamente posto delle restrizioni sul tipo di azione che il performativo compie, vi sono buone ragioni per credere che, almeno inizialmente, non difendesse l'idea che i performativi coincidano con gli atti linguistici *tout court*, presentandoli piuttosto come "fatti operativi", riprendendo il lessico dei giuristi. Gli esempi addotti (battesimi, vari di navi, matrimoni, ecc.) rafforzano quest'ipotesi;
- b) sempre in adesione a Warnock⁵⁹, possiamo considerare che questa soluzione è quella che rende meglio giustizia all'analisi di Austin, poiché chiarisce come mai, dopo aver stabilito che certi enunciati oltre a un dire sono anche un fare, l'autore si lanci in un'analisi dettagliata delle condizioni di felicità/infelicità, usando distinzioni così minuziose;
- c) Austin aveva rilevato esplicitamente sia che non basta dire di fare qualcosa per poi farla davvero (ad esempio, non è sufficiente dire "Io ti prometto" per promettere realmente), sia che non vi sono elementi sintattici che permettano di distinguere un performativo da un constativo in base alla sua forma grammaticale – la qualificazione del performativo dipende anche da fattori extra-linguistici. Queste dovrebbero essere ragioni sufficienti per scartare la seconda nozione di performativo⁶⁰ e rappresentare altresì ragioni contribuenti per porre in secondo piano la terza nozione di performativo, proprio in ragione della natura "extra-linguistica" dei fattori caratterizzanti, che suggeriscono che il performativo sia una sottoclasse di atto linguistico, identificabile attraverso convenzioni aggiuntive⁶¹. Peraltro, sempre a sostegno di quest'interpretazione, possiamo addurre altre due considerazioni: in primo luogo, l'atto linguistico ha sempre una componente "illocutoria"; in secondo luogo, è discutibile che non tutti gli atti illocutori abbiano un effetto performativo, perché sembrano tutti produrre mutamenti a cui appunta

⁵⁸ G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, cit., 69.

⁵⁹ Ivi, 72.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Ivi, 74-75; K. Olivecrona, *op. cit.*, 236-237.

- Austin⁶². Anche l'atto di congratularsi, per esempio, genera un mutamento della realtà sociale⁶³;
- d) inoltre, disambiguare la nozione di performativo nella maniera proposta permette di evitare un certo tipo di fallacia descrittiva: legando il performativo a convenzioni extra-linguistiche, e non già a una certa struttura sintattica (ad esempio "Io prometto che..."), è possibile "bloccare" un'analisi dei performativi in termini di semplice segno verbale che esprime (si legga: descrive) un atto mentale interno, ossia come *declaratio* o *signum voluntatis*⁶⁴;
- e) infine, la soluzione prospettata permette di mantenere la distinzione fra performativi impliciti ed espliciti, considerando che i secondi rendono più evidente la mossa che si vuole giocare nella comunicazione, facilitandola, ma che ciò non è (sempre) necessario per il compimento del performativo. Peraltro, Austin⁶⁵ chiarisce che i performativi inesplorati sono i primitivi concettuali (cioè l'elemento esplicativo fondamentale ed essenziale del modello): gli indicatori di performativi, la forma superficiale dell'enunciato, invece, sono solo un segno esterno della forza illocutoria.

II. Veniamo ora alla seconda obiezione. Alcuni autori hanno suggerito che non tutti i performativi di Austin sembrano essere davvero legati a una dimensione procedurale. Per esempio, secondo Austin "Ti consiglio di fare X" è un performativo, ma non c'è dubbio sul fatto che manchi una procedura convenzionale sull'atto di consigliare⁶⁶. Ebbene, in primo luogo quest'obiezione non tiene conto del fatto che, invece, proprio tutti i performativi sono legati a una procedura più o meno dettagliata: ci sono certe condizioni linguistiche e, in ultima analisi, pragmatiche da rispettare anche per invocare la procedura di consigliare, quando il consiglio ha una natura performativa, come accade in certi contesti giuridici (dove, per esempio, occorre "sentire" il parere dell'autorità competente). In secondo luogo, una volta disambiguata la nozione di performativo così come proposto al punto precedente, questa obiezione diventa un colpo a vuoto dal momento che, per definizione, tutto ciò che non ha una dimensione procedurale e, più specificamente, una dimensione procedurale legata a convenzioni extra-linguistiche non potrà essere considerato come un "genuino" performativo, e sarà rimesso all'analisi generale degli atti linguistici.

⁶² M. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

⁶³ G.J. Warnock, *Some types of performative utterances*, cit., 74-75; K. Olivecrona, *op. cit.*, 237-238.

⁶⁴ Ivi, 234.

⁶⁵ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit.

⁶⁶ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 118.

III. La terza obiezione è di Strawson⁶⁷: se prendiamo in considerazione la terza nozione di performativo, la teoria di Austin sarebbe implausibile, perché esagera il ruolo delle convenzioni nell'analisi degli atti linguistici: secondo Strawson, ci sono certi atti produttivi di effetti che chiaramente non sono convenzionali; inoltre, nella comunicazione, molte volte i profili illocutori e perlocutori non sembrano essere legati a convenzioni, ma sembrano essere piuttosto connessi all'identificazione dell'intenzione comunicativa del parlante⁶⁸. In altri termini, la gran parte degli atti linguistici sarebbe compiuta non già per conformarsi a una convenzione, ma per manifestare un'intenzione comunicativa, nel senso precisato da Grice⁶⁹. Orbene, posto che nel diritto amministrativo le cose stanno in un altro modo, quest'osservazione potrebbe al massimo evidenziare un limite dell'analisi austiniana, che ha condotto alcuni autori – Bach e Harnish per esempio⁷⁰ – a stabilire una distinzione tra atti illocutori comunicativi (a loro detta, non convenzionali) e atti illocutori convenzionali. Tuttavia, questa è una scelta di Bach e Harnish, che peraltro non implica necessariamente l'abbandono della nozione di performativo, determinando piuttosto solo una restrizione del suo ambito di applicazione. Questo però non inficia l'applicazione dei performativi agli atti linguistici del potere amministrativo, dove la dimensione convenzionale e procedurale è preponderante; e, comunque sia, ci sono buone ragioni per sostenere che tutti gli atti linguistici sono convenzionali, sebbene non sempre la “procedura” a cui sono associati sia chiara. L'obiezione di Strawson, a ben vedere, è una *petitio principii*: quali atti produttivi di effetti non sarebbero legati a procedure e convenzioni? Difficile immaginarne uno. Per questo, gli atti linguistici sono sempre fortemente convenzionali o “convenzionalizzati”, come nel caso emblematico del diritto amministrativo⁷¹. D'altro canto, ferme restando le considerazioni appena fatte, anche quest'obiezione è un colpo che non va a segno se restringiamo la nozione di performativo così come abbiamo proposto al punto sopra.

⁶⁷ P. Strawson, *Intention and convention in speech acts*, cit.

⁶⁸ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 127 ss.; K. Bach, *Performatives are Statements too*, cit.

⁶⁹ P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.), 1989.

⁷⁰ K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, cit., cap. 6.

⁷¹ G.J. Warnock, *J.L. Austin*, cit., 132.

IV. Un'ultima celeberrima obiezione è quella formulata da Bach e Harnish i quali, insieme o singolarmente⁷², hanno sostenuto che, contrariamente a quello che pensava Austin, anche i performativi espliciti sono *statements* o descrizioni e, quindi, possono essere considerati veri o falsi: dicendo “Io prometto...”, “Io battezzo...”, “Io nomino...” direttamente e primariamente descrivo l’atto o l’azione che sto compiendo e, solo indirettamente, prometto, battezzo, nomino. Non ci soffermeremo sul punto, non essendo rilevante ai fini del nostro discorso, che non tocca il problema della verocondizionalità dei performativi.

Ora che abbiamo disambiguato la definizione di performativo che è stata proposta da Austin, e liberato il campo dai principali ostacoli alla sua applicazione, possiamo procedere ad analizzare il provvedimento amministrativo interpretato come un tipo particolarissimo di performativo⁷³.

4. *Infelicità del provvedimento amministrativo, inteso come un performativo*

Generalmente, gli ordinamenti giuridici continentali ascrivono a entità pubbliche – ma, oggi, anche a tutti gli altri soggetti alle medesime equiparati⁷⁴ –

⁷² Cfr. K. Bach, R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, cit., 203-208; Id., *How performatives really work: A reply to Searle*, in *Linguistics and Philosophy*, 1992, 93 ss.; K. Bach, *Performatives are Statements too*, cit.

⁷³ Un aspetto ulteriore, che non possiamo considerare qui, sono le ragioni per non passare al modello di Searle (cfr. J. Searle, *Speech Acts*, cit., 66; J.R. Searle, D. Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, cit.; J.R. Searle, *How performatives work*, in *Linguistics and Phil.*, 1989, 558 ss.; D. Vanderveken, *Meaning and Speech Acts. Vol. 1: Principle of Language Use*, Cambridge, 1990). In sintesi, l’enfasi del modello di Austin sulle fonti convenzionali e procedurali dell’infelicità di un atto linguistico è più idonea del modello di Searle e Vanderveken, che invece enfatizza il ruolo dell’elemento psicologico e intenzionale, per mappare i profili di invalidità in contesti istituzionali e fortemente convenzionali, come il diritto amministrativo. Orbene, come chiarisce Santi Romano, solo una sottoclasse degli atti e dei provvedimenti amministrativi consiste in una dichiarazione diretta di un’intenzione in senso stretto (vale a dire, declinata in senso psicologico): si tratta degli ordini e dei comandi (S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano. Seconda Edizione riveduta e ampliata*, Milano, 1906, 52-53). Negli altri casi, l’elemento intenzionale deve essere caratterizzato in termini meno psicologici: la volontà è quella manifestata dal testo e legata alle convenzioni che regolano gli scambi linguistici (“il senso proprio delle parole”). Inoltre, gli atti amministrativi possono essere semplici o collettivi: l’atto collettivo non è espressione di un’unica intenzione – o di una sorta di intenzionalità collettiva (una *we-intention*), come richiederebbe il modello di Searle e Vanderveken – ma, come precisa la teoria dell’atto amministrativo, è piuttosto frutto dell’accordo di una pluralità di intenzioni individuali. Sul limitato impatto dell’elemento psicologico cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028; sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266 (sulle limitate implicazioni della deviazione di potere autoritativo causata da reato del funzionario autore dell’atto).

⁷⁴ Sul punto, cfr. già G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, Torino, 2023, xix. Appare, infatti, oggi generalizzata l’idea che il potere pubblico non sia esercitato solo da soggetti pubblici nel senso di entità appositamente create secondo regole di diritto pubblico, bensì che siffatto potere possa essere attribuito anche a soggetti privati, i quali – nell’esercizio delle loro funzioni pubblicistiche – sono tenuti al rispetto di principi e criteri analoghi alla pubblica amministrazione. Tanto è vero che, la dottrina negli ultimi anni, nel riferirsi ai soggetti deputati all’esercizio delle pubbliche funzioni, impiega locuzioni quali “pubblica amministrazione e soggetti equiparati alla medesima”, proprio al fine di evidenziare l’ampia congerie di soggetti, pubblici e priva-

una forma di autorità: il potere di produrre discrezionalmente e unilateralmente effetti giuridici (costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive) tramite certi tipi di atti, finalizzati alla cura di un interesse pubblico, ascrivibile alla generalità dei consociati. Il caso è quello dell'atto amministrativo, autonomo dal negozio giuridico di diritto privato⁷⁵, e, in particolare, fra tutti gli atti amministrativi, dei provvedimenti amministrativi⁷⁶, un tipo di atti della pubblica amministrazione che ricomprende al proprio interno svariate ipotesi, idonee a incidere in molteplici modi sulla sfera giuridica del destinatario (di volta in volta, ampliandola o restringendola): infatti, come noto, sono tutte ipotesi di provvedimento amministrativo i permessi di costruire, le concessioni di beni, ma anche le multe, gli ordini di demolizioni, i piani regolatori, e così via⁷⁷.

L'interesse, in questa sede, per il provvedimento viene giustificato dalla circostanza per cui esso costituisce un tipo del tutto peculiare di atto amministrativo: esso si distingue, non a caso, dal generico atto amministrativo, poiché, da un lato, si pone a "chiusura" del procedimento amministrativo e, dall'altro lato, costituisce l'atto, provvedimento per l'appunto, mediante il quale l'amministrazione determina effetti giuridici verso l'esterno.

Infatti, conclusesi le valutazioni istruttorie, la PA stabilisce il contenuto dell'atto finale – ossia del provvedimento – che è idoneo a produrre effetti diretti sul piano dell'ordinamento generale, incidendo in maniera unilaterale sulla sfera del destinatario "a prescindere dal suo consenso": la cd. "autoritatività" è, per-

ti, coinvolti. Di quanto scritto vi è un evidente conferma nella legge. L'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo (di cui al d.lgs. n. 2 luglio 2010, n. 104) afferma, con valenza generale, che «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». In senso analogo, l'art. 1, comma 1-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241, statuisce che «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Potremmo dire, quindi, che, nel modello vigente, l'esercizio di pubblici poteri da parte di privati assume un carattere sufficientemente consolidato, da essere previsto da disposizioni di portata generale.

⁷⁵ Cfr. già F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 133 ss. Più di recente, Id., *Il provvedimento*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*⁴, Torino, 2019, 257 ss.

⁷⁶ La letteratura in materia di provvedimento amministrativo è tale da non poter essere esaustivamente riportata in queste pagine. Sia, di conseguenza, giustificato il richiamo, oltre alla dottrina già menzionata, alle seguenti opere: O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, 7 ss., (ora in E. Ferrari, B. Sordi (a cura di), *Scritti giuridici scelti. Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, 35 ss.); G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, 275 ss.; O. Ranalletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit.; C. Mignone, *Tipologia degli atti amministrativi*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 1206 ss.; D. Sorace, *Atto amministrativo*, cit.

⁷⁷ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, cit., XIX ss., nota che la nozione di provvedimento rimanda a quella di PA e che, relativamente all'ordinamento italiano, la legge non definisce la pubblica amministrazione ma, piuttosto, fornisce (ostensivamente) un elenco delle pubbliche amministrazioni all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

tanto, una delle caratteristiche che meglio distinguono il provvedimento amministrativo da un atto di autonomia privata, tanto che alcune illustri voci della dottrina non esitano a evidenziarne talune similitudini con la decisione giudiziale⁷⁸, sebbene le differenze restino marcate, non dovendo disporre il provvedimento amministrativo di quelle garanzie d'indipendenza, terzietà e imparzialità che sorreggono le sentenze⁷⁹ del giudice⁸⁰.

Per atto amministrativo, normalmente, s'intende qualsiasi manifestazione di volontà⁸¹, giudizio, intenzione che proviene dalla PA nell'esercizio del potere amministrativo⁸²: in altre parole, affinché l'atto amministrativo sia perfetto, esso deve consistere in una manifestazione della volontà di un'autorità competente, deve essere adottato in conformità alle corrette procedure⁸³ e deve disporre degli elementi essenziali affinché possa venire a giuridica esistenza⁸⁴. Quest'affermazione sembrerebbe presupporre una concezione del linguaggio "espressivista", che considera gli atti linguistici come manifestazioni di stati d'animi interni e di atteg-

⁷⁸ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, cit., XIX ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2023, 479.

⁷⁹ Cfr. anche F. Francario, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 79 ss.

⁸⁰ P.M. Vipiana, V. Fanti, M. Trimarchi, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019, 39 ss. e 331 ss. Per un compiuto esame della giustizia amministrativa e dei provvedimenti del giudice amministrativo, si rinvia, oltre a quanto citato nel testo, anche ad A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*¹⁶, Torino, 2024, 309 ss.; W. Giulietti, *Gli atti del giudice*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*⁹, Torino, 2023, 281 ss.; C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2022, 263 ss.

⁸¹ In tal senso, è possibile leggere E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*², Milano, 2018, 325, ove l'Autore osserva che «il provvedimento amministrativo [...] appartiene alla categoria degli atti giuridici consistenti in dichiarazioni di volontà da parte dei soggetti autori dell'atto: in ciò si coglie un tratto simile al negozio giuridico di diritto privato, anche se, come è stato giustamente rilevato, questo si fonda sulla posizione giuridica generale di autonomia privata, mentre il provvedimento amministrativo si fonda sulla capacità speciale, il potere amministrativo [...]». In senso analogo, è stato affermato che il provvedimento amministrativo «costituisce l'esito dell'esercizio del potere amministrativo. L'esercizio del potere amministrativo è l'effetto causante, il provvedimento è l'effetto causato» (S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 128). In precedenza, in senso analogo, v. anche G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 101 ss.

⁸² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 478 ss. Cfr. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 48, nota 1: «È abbastanza frequente la tendenza di intendere per atto amministrativo qualunque manifestazione di volontà di un organo amministrativo [...]». Romano precisa che l'atto amministrativo «consiste anzitutto in una pronuncia» (ivi, 49), che deve «emanare da un'autorità», nell'esercizio della funzione amministrativa. Infine, per differenziarsi dal regolamento, l'atto amministrativo deve avere un carattere speciale e non generale (ivi, 50).

⁸³ Sulla disciplina del procedimento amministrativo, la dottrina ha elaborato nel corso degli anni innumerevoli contributi. Fra i testi più recenti, si rammentano, M.A. Sandulli (a cura di), F. Aperio Bella (coordinato da), *Principi e regole dell'azione amministrativa*⁴, Milano, 2023; F.G. Albisinni, E. Giardino, *Il procedimento amministrativo*, in L. Torchia (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 23 ss.; M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*², Milano, 2017; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 151 ss.

⁸⁴ Cfr., *ex multis*, A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018.

giamenti valutativi o volitivi riguardanti oggetti o azioni⁸⁵; tuttavia, questa connessione è solo apparente. In ragione dello stretto legame tra l'atto di disporre e la dimensione convenzionale e procedurale della realtà giuridica istituzionale, la lettura convenzionalista è preferibile, almeno per tutti gli atti esoprocedimentali. Infatti, non tutti gli atti amministrativi hanno la capacità di incidere sulle situazioni soggettive dei consociati. Ad esempio, i pareri, le proposte, le valutazioni, le intimazioni – che, a ben vedere, sono atti di classi diverse – hanno una dimensione “interna” rispetto alla sfera amministrativa (una dimensione “endoprocedimentale”, si usa dire), non “interna” rispetto ai processi mentali della singola autorità in carne ed ossa, e svolgono una funzione strumentale rispetto alla decisione finale⁸⁶. Il provvedimento, invece, può essere proprio definito come quell'atto della PA che determina unilateralmente⁸⁷ un mutamento nelle sfere deontiche dei destinatari – proprio come il performativo di Austin⁸⁸ – che, quindi, si lega in maniera più forte al concetto di potere amministrativo e al concetto di autorità.

Ad esempio, autorizzazioni, concessioni, nulla osta, abilitazioni, omologazioni, licenze, approvazioni, e altri provvedimenti simili ascrivono unilateralmente posizioni vantaggiose ai destinatari, ampliandone la sfera giuridica d'azione; al contrario, rifiuti, espropri, occupazioni temporanee, requisizioni, confische, sequestri, ordini, hanno effetti preclusivi o addirittura ablatori, che comprimono la sfera giuridica dei destinatari. Dal punto di vista della teoria degli atti linguistici di Austin, molti atti della PA saranno qualificabili come una combinazione di esercitivi (un esercizio di poteri) e verdittivi (atti di giudizio o valutazione): proposte, commissioni e intimazioni, per menzionarne alcuni. La forte dimensione autoritativa e unilaterale del provvedimento amministrativo, che produce effetti – anche sfavorevoli – normalmente a prescindere dal consenso dei destinatari ne fa l'archetipo degli atti esercitivi. Tradizionalmente, il provvedimento amministrativo è stato descritto come «l'essenza stessa di una gestione esecutiva del potere»⁸⁹.

In definitiva, muovendo da una tesi di Sbisà, sviluppata a partire da Austin⁹⁰, possiamo considerare che, proprio come il performativo di Austin, il provvedi-

⁸⁵ T. Horgan, M. Timmons, *Cognitivist Expressivism*, in Id. (a cura di), *Metaethics after Moore*, Oxford, 2006, 255 ss.

⁸⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 479. Come osservano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 13, «la volontà che si esprime nell'atto viene concepita in termini puramente oggettivi e non come un fatto psichico reale, per divenire poi volontà procedimentalizzata».

⁸⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 481-482.

⁸⁸ M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

⁸⁹ L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, x.

⁹⁰ Cfr. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*², cit., 115; M. Sbisà, *On illocutionary types*, cit.; Ead., *Linguaggio, ragione, interazione*, cit.

mento amministrativo, inteso come atto linguistico e, segnatamente, come performativo, è costitutivo dei suoi effetti⁹¹.

Tuttavia, non è questa l'unica caratteristica che ci permette di accomunare provvedimenti amministrativi e performativi. Così come i performativi di Austin, il provvedimento va emanato da un organo competente (collegiale o monocratico) – per Austin, un parlante competente – e non ha normalmente efficacia retroattiva, in quanto è, oltre che un dire, anche un fare. Inoltre, sempre in analogia con i performativi di Austin, il provvedimento è intrinsecamente legato a una procedura (*rectius*, un procedimento) che, in questo caso, è normalmente posta dal legislatore, ma è convenzionalmente accettata (e interpretata) dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Infine, così come l'autore del (o chi proferisce il) performativo deve assicurarsi la ricezione (*uptake*) del destinatario, è necessario che gli atti e i provvedimenti amministrativi, qualora idonei a produrre effetti (in modo particolare, lesivi) in capo a uno specifico destinatario⁹², siano portati a conoscenza delle persone a cui si rivolgono⁹³. Il passaggio successivo all'*uptake*, è il darsi di un effetto non-naturale pienamente austiniano. Pertanto, anche il provvedimento amministrativo può essere, in un certo senso, felice o infelice, anche se i giuristi usano un lessico diverso e più specifico, esprimendosi in termini di legittimità/illegittimità, validità/invalidità o nullità, esistenza/inesistenza. Sia detto per inciso: il più delle volte, il provvedimento è adottato in seguito a una procedura complessa (la quale assume, come noto, il nome di “procedimento amministrativo”) che prevede la partecipazione di più soggetti, sia privati, sia organi della PA. Sotto questo profilo, sembra quindi un atto molto più complicato rispetto all'archetipo di performativo austiniano. Tuttavia, come vedremo tra poco, queste complessità procedurali (o, per meglio dire, “procedimentali”) non sono tali da impedire l'applicazione della dottrina delle infelicità di Austin.

Vi è, peraltro, un altro dato importantissimo, che permette di rafforzare il legame tra provvedimento e performativo: il dispositivo del provvedimento –

⁹¹ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, capp. V-VI; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 76 ss., 265 ss.; A. Romano, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022.

⁹² Come noto, la fase di comunicazione o di notifica del provvedimento amministrativo è una fase eventuale (denominata “fase integrativa dell'efficacia”). La necessità di portare a conoscenza è prescritta dalla legge solo per il provvedimento lesivo (art. 21-*bis* l. n. 241/1990): cfr., sul procedimento amministrativo e sull'efficacia del provvedimento, P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, cit., 299 ss.; P. Lazzara, *Il procedimento amministrativo: passato, presente e futuro*, in F. Pubusa, S. Puddu (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela. Evoluzione e involuzione*, Napoli, 2019, 71 ss. In precedenza, F.G. Scoca, *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 3 ss.; L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, a cura di G. Cofrancesco, P.M. Vipiana, Genova, 1991, 119 ss., 197 ss.

⁹³ Seguendo S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 58, nel caso degli atti amministrativi l'*uptake* è assicurato solitamente dalla pubblicazione o dalla notificazione. L'*uptake* è un tipo di effetto prodotto dall'atto illocutorio: la comprensione da parte del parlante del significato, oltreché della forza illocutoria, dell'enunciato. Cfr. M. Sbisà, *Uptake and conventionality*, in *Lodz Papers in Pragmatics*, 2009, 33 ss.

che esprime la statuizione concreta della PA – rispecchia spesso la struttura di un “performativo esplicito”, poiché ricorrono, al suo interno, espressioni della forma “l’autorità X delibera che *p*”, “l’autorità X ordina che *p*”, “l’autorità X autorizza che *p*”, “l’autorità X autorizza Y ...”, “l’autorità X nomina Y ...”, “l’autorità X revoca a Y ...”, e così via. Si noti poi che alcuni fra gli esempi di performativi adottati da Austin sembrano presentare un’analogia con quelli che Greco⁹⁴ denominava “provvedimenti costitutivi di rapporti tra privati”.

Infine, vi è l’elemento della volontà procedimentale, considerata come una proprietà fondamentale o costitutiva del provvedimento⁹⁵ che, imputata a una persona giuridica, permette di estendere all’analisi del provvedimento anche i profili collegati alle condizioni di sincerità e alla nozione di abuso del modello di Austin. Più specificamente, la tradizione amministrativistica (a differenza di quella privatistica) lega l’annullabilità del provvedimento a parametri oggettivi e funzionali, e non già alla volontà del soggetto⁹⁶. Quindi, si presta meglio a essere analizzata con schemi esternalisti e convenzionalisti *à la* Austin, piuttosto che con un approccio più internalista *à la* Searle⁹⁷. Come illustra Sbisà⁹⁸, l’esternalismo austiano (che include almeno la caratterizzazione delle condizioni di felicità in termini di convenzioni e norme, più che di intenzioni e stati mentali) comporta che l’annullabilità incide sugli effetti convenzionali, mentre gli effetti perlocutori permangono⁹⁹: la realtà deontica può essere mutata con effetti retroattivi; il passato materiale, causalmente determinato, non può essere invece cambiato. Un esercizio di autorità della PA può alterare gli effetti convenzionali del performativo, ma non quelli naturali dello stesso¹⁰⁰.

Tutte queste analogie suggeriscono la possibilità di analizzare il provvedimento in maniera proficua (anche) con le lenti di Austin e di spiegarne i “difetti” attraverso la dottrina delle infelicità. Questa possibilità è presto dimostrata:

1. Un provvedimento è “un colpo a vuoto” (*misfire*) – un tentativo andato a male – che va considerato come “nullo”¹⁰¹ ogni qual volta manca un requi-

⁹⁴ G. Greco, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, Milano.

⁹⁵ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 481 ss.

⁹⁶ Ivi, 486 ss.

⁹⁷ J.R. Searle, *A taxonomy of illocutionary acts*, cit.; Id., *The Construction of Social Reality*, cit.

⁹⁸ M. Sbisà, *Speech acts in context*, in *Language & Communication*, 2002, 421 ss.

⁹⁹ R.M. Harnish, *Internalism and externalism in speech act theory*, in *Lodz Papers in Pragmatics*, 2009, 9 ss., classifica il modello di Austin come “misto.” Qui noi parliamo invece di un modello prevalentemente “esternalista”, poiché, a nostro modesto avviso, l’elemento convenzionale e normativo è, in Austin, prevalente rispetto all’elemento psicologico e intenzionale.

¹⁰⁰ L. Caponetto, *op. cit.*

¹⁰¹ I casi di nullità di seguito riportati sono quelli, oggi, espressamente sanciti dalla legge (art. 21-*speties* l. n. 241/1990): «È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

- sito o elemento essenziale fra quelli tradizionalmente stabiliti da dottrina e giurisprudenza¹⁰², o quando è qualificabile come una forma di carenza di potere in astratto o difetto assoluto di attribuzione, o ancora, anche in alcuni casi di carenza di potere in concreto, nonché, da ultimo, in caso di violazione o elusione del giudicato. Casi di incompetenza assoluta e carenza di potere (come violazione o elusione del giudicato e altri casi previsti da legge) corrisponderebbero, in base all'art. 21-*septies* l. 241/1990, a *misfires*¹⁰³.
2. Più specificamente, i casi di straripamento di potere, d'incompetenza assoluta e di carenza di potere "in concreto" si prestano a essere letti come ottimi esempi di quelle che Austin chiamava *misinocations* (A). Potrebbe essere una *misinocation* – che implica nullità – il provvedimento emanato da parte di un ente diverso da quello cui la legge attribuisce la competenza. Infatti, questo caso soddisfa i criteri di (A2): c'è la procedura, ma è applicata dal soggetto sbagliato. Forse, soddisfa i criteri di (A2) anche un caso di carenza di potere in "concreto", come quello del decreto di espropriazione conforme alle norme dell'ordinamento, ma emanato dopo la scadenza del termine fissato nella dichiarazione di pubblica autorità¹⁰⁴, perché viene meno l'elemento del contesto, ossia il presupposto "concreto" per l'esercizio del potere. Questo produce una conseguenza "catastrofica": venendo meno l'oggetto, la PA dovrà restituire il bene. Un altro tipo di *misinocation*, ancora più forte, che soddisfa i requisiti di (A1), è il caso in cui la PA invade l'ambito di competenza del potere legislativo o giudiziario – questo è un caso che cade in (A1) perché, chiaramente, non si dà l'effetto convenzionale. Rientrano nelle *misinocations* anche i vizi di legittimità di cui all'art. 21-*octies* l. 241/1990: l'incompetenza relativa (vale a dire, promulgare atti di competenza di un altro organo), la violazione di legge e l'eccesso di potere.
 3. Sembra invece soddisfare le condizioni per una *misexecution* (B1) o, al limite, addirittura di una *non-execution* (B2), il caso in cui abbiamo un provvedimento adottato a seguito di un procedimento amministrativo diverso da quelli indicati come eccezione dall'art. 13 l. 241/1990, in cui non è stato rispettato il contraddittorio fra le parti. Va invece considerato sicuramente come un caso di *misexecution* (B1) la situazione in cui il provvedimento finale è adottato da soggetto diverso dal responsabile del procedimento, e si di-

¹⁰² In precedenza, P.M. Vipiana, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, case di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 419 ss. Successivamente, M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 165 ss.

¹⁰³ M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002. Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 sett. 2005, n. 5013; sez. IV, 28 feb. 2006, n. 891; sez. VI, 21 ago. 2006, n. 4858; l'interpretazione più inclusiva è stata difesa da Cass. S.U. 9 giu. 2006 n. 13431 e 9 giu. 2004 n. 10978.

¹⁰⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 495.

scosta dalle risultanze dell'istruttoria senza indicare le motivazioni nel provvedimento finale, come invece richiesto dall'art. 6 l. 241/1990¹⁰⁵. Un altro esempio di *misexecution* (B1) potrebbe essere un provvedimento di espropriazione emanato quando è già scaduto il termine indicato dalla dichiarazione di pubblica utilità (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1383).

4. L'ammissibilità dei cosiddetti "*provvedimenti tardivi*" offre invece un esempio d'infrazioni, *breaches* (Γ2) – che quindi corrispondono agli *abuses* (Γ) di Austin, in cui l'atto è compiuto, fatti salvi gli eventuali profili di responsabilità della PA di cui agli artt. 2, commi 9 ss., e 2-*bis* della l. 241/1990 (inosservanza dolosa o colposa che cagiona un danno ingiusto).
5. Crediamo che Austin potrebbe invece trattare sempre come *misinvocations*, però intesi come casi di violazione (A2) – nel senso di "circostanze non appropriate" – i casi di provvedimento che ha un oggetto illecito, impossibile, indeterminato o indeterminabile, il che giustifica una pronuncia di nullità per assenza dell'oggetto. Ne costituisce un valido esempio l'ablazione di beni già acquisiti dalla PA. Alla stessa categoria potrebbero forse essere ricondotti i casi che determinano nullità per illiceità dell'oggetto, esemplificato dal caso scolastico del provvedimento che verte su vendita beni incommerciabili. In entrambi i casi, è un po' come se la PA avesse promesso la luna e, dunque, violato la procedura. Ciò di cui si parla "non esiste"; ciò che l'atto linguistico presuppone è non esistente. L'atto, pertanto, è *null and void*, come nel caso in cui un soggetto proferisca "Lascio in eredità il mio Rolex ad Aulo Agerio" ma non abbia un Rolex. In caso di violazione della condizione A2, gli effetti convenzionali non si producono, oppure sono annullati quando si scopre che il parlante non aveva accesso materiale o giuridico rispetto a un oggetto, perché esso è illecito, impossibile, indeterminato, o indeterminabile.
6. Ritornando invece ai *misfires* (A), pensiamo che se, in ambito di disciplina della segnalazione certificata d'inizio attività, si adotta la procedura abilitativa semplificata per attività di costruzione ed esercizio d'impianti alimentati da fonti rinnovabili per impianti alimentati da fonti non-rinnovabili, rientriamo in una *misinvocation* (A2): infatti, in questo caso, la procedura esiste, ma non si può applicarla in questo modo. Forse, soddisfa i requisiti per la *misinvocation* (A2) anche l'assunzione di funzionari pubblici senza esperimento di un concorso (Cons. Stato, ad. plen., n. 1/1992; 2/1992; 5/1995): la procedura c'è, ma non si può applicare così come si vuol fare, vale a dire, senza concorso. Anche qui, però, si ripropone il solito dubbio: c'è la proce-

¹⁰⁵ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 507 ss.

dura di assunzione, ma non si può farla senza concorso; o manca la procedura di assunzione senza concorso¹⁰⁶?

7. La violazione di legge (artt. 1 e 21-*octies*, comma 1, l. 241/1990; trova copertura costituzionale nei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost.) è ampia, dal momento che comprende violazioni procedurali, vizi di forma, carenza di presupposti fissati dalla legge, ecc. Andrebbe quindi "spacchettata" e distribuita sulle varie forme di infelicità degli atti linguistici. Ad esempio, quel particolare tipo di violazione di legge istanziato dal conflitto d'interessi (art. 6-*bis* l. 241/1990) potrà essere inteso come la violazione del requisito di sincerità (Γ 1): in questo caso è compromessa l'imparzialità della decisione, che non ha uno "stato d'animo" (latamente inteso) richiesto dalla procedura. Altre forme di violazione di legge potrebbero rientrare in altri tipi d'infelicità. Questo vale *a fortiori* se l'effetto si produce, ma si scopre a posteriori che una sua condizione normativa non era propriamente soddisfatta.
8. Riteniamo, infine, che l'eccesso di potere (inteso come risvolto patologico della discrezionalità)¹⁰⁷ – che generalmente comprende, i) i casi in cui, rispetto a una situazione concreta, il provvedimento è spropositato, incongruo, non-proporzionale rispetto allo scopo che intende perseguire, ii) i casi di *détournement de pouvoir*, in cui la PA persegua un fine diverso da quello per cui il potere le era stato conferito¹⁰⁸, iii) il difetto di motivazione¹⁰⁹, cioè il caso in cui la motivazione è insufficiente, contraddittoria, dubbiosa, illogica– si presti a essere letto come un caso di insincerità (Γ 1). È utile notare un'implicazione del modello di Austin: le condizioni Γ mappano spesso stati psicologici e atteggiamenti del parlante (rispetto alla norma di sincerità); dato l'approccio convenzionalista, una loro violazione dà luogo a un "abuso" della procedura, piuttosto che un vero e proprio *misfire*. Quest'implicazione ben si adatta a descrivere il ruolo, più limitato, dei profili psicologici nei profili di validità del provvedimento amministrativo. Rientrerebbero sempre nell'ambito delle violazioni delle condizioni Γ anche alcuni vizi di

¹⁰⁶ Ovviamente ove non si versi, per previsione costituzionale, in ipotesi di procedure di assunzione non concorsuali (art. 97, terzo comma, Cost.).

¹⁰⁷ L'eccesso di potere, infatti, è una violazione dello "spirito della legge" che può consistere in uno "sviamento di potere" o in una delle "figure sintomatiche dell'eccesso di potere".

¹⁰⁸ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 507 ss. «Una figura speciale del vizio d'incapacità è l'eccesso di potere in uno dei vari significati in cui tale parola si adopera: esso si ha allorché l'autorità amministrativa, compie un atto che doveva compiersi dall'autorità giudiziaria o dalla legislativa. Specialmente ai fini del Codice penale, si distingue anche l'usurpazione di potere, che rende inesistenti gli atti che ne traggono origine» (S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 57). Si veda anche V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 800 ss.

¹⁰⁹ Occorre precisare che il difetto di motivazione può essere concepito anche quale violazione di legge (ex art. 3 l. 241/1990).

merito di “inopportunità” – per violazione di regole di buona amministrazione e principi come efficienza, efficacia, ed economicità dell’azione amministrativa. Forse, proprio per questa ragione, in quanto violazioni di condizioni Γ , tali vizi sono generalmente accompagnati dalla revocabilità e non dalla nullità: riscontrabili *ex post* per mutamento di contesto e motivi di interesse pubblico sopravvenuti o riconsiderati, sono difetti dell’atto che non ne implicano l’inesistenza.

Sin da questo primo e sintetico lavoro applicativo, sembra auspicabilmente emergere che l’analisi “performativa” del provvedimento amministrativo, oltre a essere proficua, in quanto sensibile a captare a livello “generale” di pragmatica del linguaggio una serie di distinzioni molto tecniche attuate dalla dottrina e dalla dogmatica amministrativistica italiana, permette di confermare alcune intuizioni fondamentali di Austin. In primo luogo, lo stesso performativo può essere afflitto, allo stesso tempo, da più di una forma d’infelicità: ad esempio, capita spesso che una stessa deviazione dalle procedure produca, al contempo, un vizio di violazione di legge e un caso di eccesso di potere (il difetto d’istruttoria è un esempio)¹¹⁰. In secondo luogo, come riteneva Austin (che incorporava la vaghezza nel suo modello) non è sempre facile determinare il tipo di *misfire* o *abuse* di cui ci troviamo al cospetto: la risposta a questa soluzione dipende in buona parte anche dall’identificazione delle proprietà essenziali di un certo provvedimento; molte volte, la dottrina stessa è in disaccordo su quali siano gli elementi essenziali e quali siano quelli accidentali di un dato provvedimento o atto amministrativo¹¹¹. Nel caso del diritto amministrativo in particolare, e forse del diritto in generale, il legame tra infelicità di un atto e procedura invocata fa sì che il tipo di infelicità sia, per così dire, *theory-laden*: esso dipende dalle assunzioni dogmatiche di fondo.

Tuttavia, a questo punto della nostra trattazione, dovremmo interrogarci sulla possibilità che l’analisi del provvedimento amministrativo suggerisca anche di modificare o integrare alcuni elementi non pienamente soddisfacenti del modello di Austin, senza tradire il modello originario e le intenzioni chiare del suo Autore. Prima di procedere, converrà però fare un’ultima precisazione: sussiste una fondamentale distinzione tra riconoscimento di un atto performativo e accettazione dello stesso: il fatto che un soggetto riconosca la validità di un atto amministrativo – ossia, la correttezza formale dello stesso – non ne implica necessariamente l’accettazione, che si esplicita a livello di comportamenti “naturali”

¹¹⁰ Cfr. già E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, a cura di F. Fracchia, Milano, 2013, 624.

¹¹¹ G. Virga, *La partecipazione al provvedimento amministrativo*, Milano, 1998; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993. Si veda ad esempio Cons. Stato n. 6023/2005, che limita nullità e inesistenza dell’atto amministrativo ai casi di carenza assoluta di un elemento essenziale, radicale carenza di potere, difetto di forma, oggetto o volontà.

nell'azione conforme a un obbligo. Come possiamo riconoscere l'ordine "Alzati!" ma, nondimeno, disattenderlo perché non desideriamo alzarci o, semplicemente, non possiamo, così possiamo riconoscere l'esistenza di un provvedimento amministrativo e rifiutare di adempiere alla produzione degli effetti non-naturali dell'atto. Validità ed efficacia del provvedimento sono, dunque, elementi distinti anche dalla prospettiva della teoria degli atti linguistici.

5. *Limiti del modello di Austin, possibili precisazioni e integrazioni, alla luce dell'analisi del provvedimento amministrativo*

Alla luce dell'analisi del provvedimento amministrativo e della teoria giuridica che lo concerne, si possono proporre le seguenti precisazioni(1-2) al modello di Austin, nonché le sue seguenti integrazioni (3-5). Iniziamo dagli emendamenti che lo precisano.

1. Anzitutto, è opportuno sottolineare l'esistenza di casi di *misexecutions* che non determinano nullità dell'atto (silenzio-assenso, silenzio-rifiuto, ratifica e acquiescenza). In altre parole, vi sono casi di "intoppi" che danno luogo a una *misexecution*, vale a dire un tipo di *misfire* ma che, ciononostante, non rendono l'atto *null and void* e, quindi, improduttivo di effetti. Il modello di Austin sembra trascurare queste situazioni particolari ma tutt'altro che infrequenti. I casi di *misexecution* senza nullità comprendono almeno: i) il caso del silenzio-assenso e del silenzio-rifiuto¹¹²; ii) il caso della ratifica e, con alcuni *caveat*, iii) l'acquiescenza. Vediamoli uno per volta.

i) Come già afferma Elio Casetta¹¹³: «in virtù dell'art. 20, l. 241/1990, il silenzio è equiparato al provvedimento favorevole: l'ordinamento, sulla base di una valutazione in generale della compatibilità con l'interesse pubblico dell'assetto che deriva dal silenzio medesimo, ha infatti comunque scelto la dinamica giuridica a questo propria, caratterizzata dalla interposizione di un potere amministrativo tra legge e produzione di effetti giuridici». È dunque corretto dire che «il silenzio-assenso partecipa a quel meccanismo di dinamica giuridica caratterizzato dalla scansione norma-potere-effetto»¹¹⁴. Considerazioni analoghe valgono per il silenzio-rigetto: in alcuni contesti, il silenzio è equiparato a un rigetto dell'istanza. Ciò non deve sorprendere, in quanto il silenzio è una condizione trattata pragmaticamente a seconda del contesto, della posta in gioco e delle aspettative; talora è corretto intender-

¹¹² Sul punto, v. già E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 577 ss.

¹¹³ Ivi, 582.

¹¹⁴ Ivi, 583.

lo come un assenso che produce i relativi effetti, talora come un rifiuto. È altresì importante il modo in cui è formulato l'atto linguistico a cui segue il silenzio: si confrontino il chiedere "Caia, vuoi sposare Tizio?" e l'intimare "Chi non è d'accordo lo dica"; il silenzio che segue il primo atto è plausibilmente interpretato come un diniego, mentre il silenzio che segue il secondo va letto come un accordo. L'interazione comunicativa e procedurale, contestualmente determinata, rende conto del silenzio, come peraltro il contesto storico e legislativo rende conto del "silenzio del legislatore"¹¹⁵.

- ii) La ratifica¹¹⁶, invece, ricorre quando in casi straordinari un organo è autorizzato a emanare a titolo provvisorio un provvedimento che rientra nella competenza di un altro organo che poi, ratificandolo, lo fa proprio. Il potere che un tempo aveva la giunta comunale di emettere, d'urgenza, un provvedimento di competenza del consiglio ne costituiva un valido esempio¹¹⁷.
- iii) L'acquiescenza¹¹⁸, infine, ricorre quando il destinatario accetta il provvedimento, ancorché viziato, e rinuncia ad avvalersi dei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento. L'acquiescenza è, in questo senso, una forma di conservazione soggettiva del provvedimento amministrativo, produttiva di efficacia.

Il modello di Austin andrebbe dunque opportunamente rivisto, perché non precisa questi aspetti. Peraltro, crediamo che la mancanza di precisione dello schema di analisi austiniano sia imputabile all'errata considerazione che la nullità sia quasi una conseguenza necessaria della violazione di certe norme "costitutive" di un dato atto, e non come una conseguenza che l'ordinamento dispone per la tutela di certi interessi.

Nei termini dell'attuale teoria degli atti linguistici, i meccanismi menzionati sopra – silenzio assenso/rifiuto, ratifica, e acquiescenza – si prestano a essere ricondotti alla dinamica dell'accomodamento. Fino a prova contraria l'atto è riconosciuto tale producendo i suoi effetti convenzionali¹¹⁹. L'infelicità di un atto

¹¹⁵ D. Canale, G. Tuzet, *What the legislature did not say. Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation*, in *Journal of Argumentation in Context*, 2016, 270 ss.

¹¹⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 528.

¹¹⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 640.

¹¹⁸ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 527.

¹¹⁹ D. Lewis, *Scorekeeping in a language game*, in *Journal of Phil. Logic*, 1979, 339 ss.; M. Sbisà, *Speech acts in context*, cit.; I. Maitra, *Subordinating speech*, in *Speech and Harm: Controversies Over Free Speech*, a cura di I. Maitra, M.K. McGowan, Oxford, 2012, 94 ss.; R. Langton, *How to get a norm from a speech act*, in *The Amherst Lecture in Philosophy*, 2015, 1 ss.; Id., *The authority of hate speech*, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, a cura di J. Gardner, L. Green, B. Leiter, III, Oxford, 2018, 123 ss.; Id., *Blocking as counter-speech*, in *New Work on Speech Acts*, a cura di D. Fogal, D.W. Harris, M. Moss, Oxford, 2018, 144 ss.; M. Witek, *Accommodation in linguistic interaction. On the so-called triggering problem*, in *Philosophical Insights into Pragmatics*, a cura di P. Stalmaszczyk, Berlin/Boston, 2019, 163 ss.; Id., *Illocution and accommodation in the functioning of pre-*

linguistico può essere, in un certo senso, “risolta” o accettata agendo come se l’atto non fosse realmente difettoso.

Per esempio, un ordine presuppone l’autorità del parlante: tuttavia, il destinatario di un ordine può procedere per “accomodamento” e riconoscere *de facto* un soggetto come autorità competente, anche se tale presupposto mancava *ab origine*. La dinamica dell’accomodamento descrive proprio questo tipo di situazione in cui destinatario, parlante e astanti (o, più in generale, i partecipanti a uno scambio comunicativo) agiscono “validando” la presupposizione di felicità del performativo o atto linguistico difettoso. Ad esempio, conferendo autorità al parlante, o accettando – per silenzio-assenso o acquiescenza – l’atto difettoso. La regola dell’accomodamento consiste proprio nell’effettuare questo tipo di aggiustamenti nel *common ground* della comunicazione, in cui vengono registrate le informazioni condivise tra i parlanti¹²⁰.

Vale la pena di precisare che, se alcune forme di accomodamento validano il contenuto “viziato” dell’atto (cioè, il profilo locutorio) – come talune ipotesi di convalida del provvedimento annullabile– altre validano un difetto di autorità (come nel caso della ratifica di un provvedimento di autorità non competente) e, in senso metaforico, “salvano” il provvedimento, che a tal punto sarà produttivo di effetti deontici. Chiaramente, l’accomodamento potrà essere impugnato presso il giudice competente e, a sua volta, ribaltato: in generale, le condizioni di felicità di un performativo – e la presenza di condizioni appropriate per il suo valido proferimento – sono verificate *ex post*: dal giudice amministrativo, che annulla per illegittimità del provvedimento; dalla PA, con atto amministrativo spontaneo in virtù del potere di autotutela. Questo spiega perché, un provvedimento *pro tanto* accettato, può essere poi rimesso in discussione: in genere, salvo campanelli di allarme particolari (e.g., manifesta illegittimità), le condizioni degli atti amministrativi sono verificate dopo la *performance* dell’atto. Nel contesto di valutazione, però, l’atto amministrativo può essere “aggiustato” e accolto per convenzione nel sistema normativo di riferimento.

2. Inesistenza, nullità, annullabilità. Una teoria dei performativi dovrebbe distinguere bene fra le violazioni che danno luogo a nullità e quelle che danno luogo “soltanto” ad annullabilità. Questa distinzione è, a ben vedere, appena accennata in Austin; è invece ben marcata nella dottrina amministrativistica, che distingue diversi gradi di vizio almeno dalle celeberrime sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1992 (Cons. Stato, ad. plen., 29 febbraio

sumptions, in *Synthese*, 2021, 6207 ss.; L. Caponetto, *Accommodated authority: Broadening the picture*, in *Analysis*, 2022, 682 ss.

¹²⁰ D. Lewis, *op. cit.*; R. Stalnaker, *Common ground*, in *Linguistics and Phil.*, 2002, 721 ss.

1992, nn. 1 e 2; 5 marzo 1992, n. 5 e n. 6; 9 settembre 1992, n. 10)¹²¹. Le prime violazioni, quelle legate alla nullità (“di pieno diritto”), determinano l’insanabilità dell’atto, che comporta l’improduttività di effetti (performativi o illocutori); inoltre esse possono essere (generalmente, ciò che ammette eccezioni) rilevate in ogni tempo d’ufficio od opposte, sempre, per iniziativa di un soggetto resistente¹²²; e non ammettono convalida (Cons. Stato, ad. plen., n. 2 del 1992). Tutto ciò vale paradigmaticamente per i casi di nullità “strutturale” (art. 21-*septies* l. 241/1990), in cui mancano gli elementi essenziali dell’atto amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498; Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5056). Le seconde violazioni invece, quelle legate all’annullabilità, oltre ad ammettere convalida, comportano la produzione provvisoria di effetti sino a dichiarazione di annullamento, che deve avvenire nei termini stabiliti, e soltanto per iniziativa dei legittimati¹²³. Austin non enfatizza questa distinzione – ben analizzata invece, da una delle maggiori studiosse del suo pensiero, ossia Sbisà – con una doverosa precisazione. Austin riconosce nel suo modello che solo gli effetti illocutori sono annullabili; gli effetti perlocutori non si annullano mai: ad esempio, possiamo annullare un matrimonio, ma non possiamo cancellare il pianto della sposa. Da ciò emerge che, a livello concettuale, l’atto di annullamento opera a livello della dimensione convenzionale dell’atto linguistico.

Un’analisi proficua, però, dovrebbe tenere conto che, fra annullamento e nullità¹²⁴, c’è spazio logico per una “terza via”: l’annullabilità, vale a dire, il caso in cui il provvedimento è produttivo d’effetti sino al suo eventuale annullamento¹²⁵. Il mancato annullamento nei termini perentori di un atto annullabile ne

¹²¹ Secondo il paradigma più risalente, invece, il provvedimento amministrativo era sempre e soltanto annullabile, qualunque fosse il grado di vizio. Cfr. ad esempio A.M. Sandulli, *I limiti di esistenza dell’atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 125 ss. (ora anche in A.M. Sandulli, *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990).

¹²² A tal riguardo, l’art. 31, comma 4, del codice del processo amministrativo dispone che «La domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice».

¹²³ Cfr. F. Astone, *Contributo allo studio dell’invalidità del provvedimento amministrativo*, Catanzaro, 2011, 7; N. Polantonio, *Nullità dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2007, 855 ss.; F. Modugno, *L’invalidità della legge*, Padova, 1970.

¹²⁴ A. Romano, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 799 ss.

¹²⁵ F.G. Scoca, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss. Cfr. E. Capaccioli, *La gestione d’affari nel diritto amministrativo*, Padova, 1956, 135: «le categorie della nullità e dell’annullabilità non sono enucleabili in ragione della qualità intrinseca di vizi; ma costituiscono piuttosto strumenti tecnici dei quali si serve attualmente il nostro sistema a fini di giustizia, ricollegando ad esse, di volta in volta, una differenziata regolamentazione in ordine alla legittimazione ad agire, alla prescrizione e alla convalida, sì da pervenire ai cercati risultati pratici attraverso l’incasellamento di un vizio nell’una o nell’altra categoria». Visto il tenore eminentemente filosofico, generale, e sostanziale della presente trattazione, metteremo da parte la discussione intorno alle implicazioni dell’art. 31 c.p.a. sulla nullità che, dal punto di vista procedurale, potrebbe essere mitigata rispetto all’impostazione tradizionale implementata, ad esempio, in Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363. Sul punto, cfr. B. Sassani, *Riflessioni sull’azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*,

comporta l'immodificabilità¹²⁶. La teoria degli atti linguistici più recente¹²⁷ ha riconosciuto l'importanza di questa nozione, introducendo l'idea di annullabilità di un atto linguistico. Laura Caponetto, nel suo recente lavoro sull'annullamento degli atti linguistici¹²⁸, distingue tra nullità, annullamento, ritrattazione ed emendamento di un atto linguistico, delineando *inter alia* le condizioni di felicità di ciascuno di questi atti. L'analisi del provvedimento amministrativo conferma la tesi della Caponetto. Una cosa è dichiarare un atto nullo *ab origine*; cosa ben diversa è renderlo nullo. *È importante rilevare che l'annullamento presuppone l'efficacia dell'atto: esso è stato raggiunto, seppur in maniera infelice, e dev'essere invalidato ex post*. Riprendendo lo schema approntato da Caponetto, possiamo dire che le "condizioni generali di felicità di un annullamento" sono le seguenti¹²⁹: un atto linguistico *A* performato da un parlante *S* al tempo *t* può essere annullato in un tempo successivo t_n quando *A* è stato infelicitamente performato in *t* e non è stato già annullato in un momento qualsiasi tra *t* e t_n .

Forse, seguendo orientamenti dottrinali radicati, potrebbe esserci spazio anche per una partizione a sei, distinguendo fra: inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia, disapplicazione, e "piena felicità". Laddove la nozione di "inesistenza" denota quei casi di vizi talmente gravi da privare il provvedimento di ogni parvenza di validità: l'atto è *prima facie* "null and void"¹³⁰, come nel caso di un provvedimento adottato in assoluta carenza di potere in astratto o l'assunzione di un dipendente pubblico in violazione di legge e senza concorso. D'altro canto, queste ulteriori distinzioni, pur essendo molto utili all'interno del contesto giuridico, forse sarebbero eccessive all'interno di uno schema generale per l'analisi degli atti linguistici. Si noti che queste distinzioni sono percorribili in un modello di matrice austriana, caratterizzato da una forma di eternalismo, mentre non risultano disponibili in modelli internalisti come quelli di Bach e Harnish o Searle, che non dispongono di un apparato concettuale adeguato a trattare la nozione di annullamento e inefficacia. Per esempio, una compravendita di un bene inesistente sarebbe, nel modello di Austin, un atto in cui gli effetti non possono pro-

2011, 257 ss. Per le stesse ragioni, anche l'analisi dettagliata della l. 15/2005 che novella la l. 241/1990 va oltre i più modesti scopi della presente indagine.

¹²⁶ Si ha, invece, inoppugnabilità quando, decorsi i termini d'impugnazione (in via ordinaria sessanta giorni al TAR e, in sede straordinaria, centoventi al Presidente della Repubblica), non sia stato notificato il ricorso. Ciò, di regola, indipendentemente dall'annullamento, tanto che l'amministrazione può annullare d'ufficio anche atti inoppugnabili, poiché l'art. 21-*novies* della legge n. 241/1990 riconosce dodici mesi per esercitare questo potere. Ne deriva che, decorsi i dodici mesi, l'atto diventa inoppugnabile e immodificabile.

¹²⁷ Rimandiamo ancora ai già citati lavori di Sbisà, in particolare.

¹²⁸ L. Caponetto, *Undoing things with words*, cit.

¹²⁹ Ivi, 2399 ss.

¹³⁰ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 245-258; R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Torino, 1990; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *Invalità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Antonio Romano*, I, Napoli, 2017, 577 ss.

dursi e, pertanto, un atto inefficace; in un modello *à la* Searle, invece, la compravendita di un oggetto inesistente sarebbe necessariamente un caso di insincerità e, pertanto, l'atto semplicemente non sarebbe esistente.

Ad ogni modo, sembra ragionevole postulare a livello di analisi generale dei performativi nel linguaggio ordinario (che, in questo, diverge forse da quello giuridico) l'identità fra nullità e inesistenza, almeno per la maggior parte degli atti linguistici "ordinari", sostenendo che la nullità/inesistenza si produce solo quando manca un elemento costitutivo dell'atto. Peraltro, anche in diritto amministrativo, è accolta la tesi secondo cui l'inesistenza del provvedimento è una situazione più grave della nullità. La nullità si presenta solo in condizioni eccezionali: quando l'atto è afflitto da vizi gravissimi come, ad esempio, l'usurpazione di potere e la violenza fisica. Peraltro, le distinzioni tra inesistenza e nullità sono difficili da identificare nei casi concreti. A sostegno della tesi dell'identità fra inesistenza e nullità milita sia la considerazione "pragmatica" secondo cui, per entrambi i casi, gli effetti giuridici sono gli stessi¹³¹, sia il dato empirico che la giurisprudenza tende spesso a equiparare le due situazioni¹³².

Comunque sia, sempre con riferimento al provvedimento amministrativo, vi sarà nullità in caso di violazione di norme attributive di potere – o, in altre parole, di difetto assoluto di attribuzione o carenza di potere di mancanza di un elemento essenziale, di violazione o elusione di giudicato, o in altri casi specificati dalla legge (art. 21-*septies* l. 241/1990)¹³³. Vi sarà invece annullabilità in caso di violazione di norme che disciplinano l'esercizio del potere, o di cattivo esercizio del potere¹³⁴. Secondo la disciplina degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* della l. 241/1990, è annullabile il provvedimento viziato da eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge. Tuttavia, non si deve ritenere che, nel non distinguere fra questi due tipi d'invalidità, Austin abbia dato segno d'ingenuità, posto che, al tempo in cui scriveva, la separazione fra i due profili non era netta nemmeno nella dottrina amministrativistica italiana (si è segnalato in letteratura¹³⁵ che i difetti

¹³¹ Sul problema cfr. almeno A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 69 ss.; R. Caranta, *op. cit.*

¹³² F. Astone, *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., 9. Cfr. Id., *Il procedimento amministrativo tre anni dopo la sua riforma: spunti per una riflessione in tema di nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.* 2009, 27 ss., nonché Id., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Catanzaro, 2009, che impiega a sostegno di tale tesi anche un'interpretazione dell'art. 21-*septies* l. 241/1990 secondo l'intenzione del legislatore.

¹³³ Sul punto si vedano anche Cons. Stato, sez. IV, n. 1957/2012 e M. D'Orsogna, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 201 ss.

¹³⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 498 ss.

¹³⁵ F. Astone, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 27 ss.; Id., *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., 9-10.

del provvedimento erano trattati tutti in termini di annullabilità o, per lo meno, si estendeva alla nullità la disciplina dell'annullabilità).

3. Performativi complessi e di secondo grado. Il diritto amministrativo prevede delle misure di autotutela rispetto ad altri provvedimenti precedenti che – sotto forma di riesame (che incide sulla validità) o revisione (che incide sull'efficacia) – possono produrre dei provvedimenti di secondo grado o, in un lessico che introduciamo ora, dei “meta-provvedimenti” che confermano, sanano o “rigettano” il provvedimento di primo grado¹³⁶. Ad esempio, è possibile sanare un'assunzione “viziata” per l'assenza di un nullaosta con un'autorizzazione tardiva. Ancora una volta, Caponetto¹³⁷ correttamente specifica che gli atti di annullamento si prestano a essere declinati come “atti linguistici di secondo ordine” (*second order speech acts*), le cui condizioni di felicità dipendono anche dal tipo di atto oggetto di annullamento: per esempio, l'annullamento di un esercitativo (e.g., un comando) è diverso dall'annullamento di un verdittivo (e.g., una valutazione di impatto ambientale). Questo rilievo può essere esteso agli atti di revisione, riesame, emendamenti, sanatorie e, in generale, a tutti i meta-provvedimenti.

Non si può elaborare una teoria generale della sanabilità, dal momento che questo dispositivo opera in maniera diversa a seconda dei diversi atti. Cionondimeno, si può elaborare una definizione generale di sanabilità come «rinuncia a far valere la nullità»¹³⁸. La sanatoria si presta a essere dunque letta come un performativo che determina un cambiamento del contesto convenzionale di valutazione dell'atto. Gli atti di conversione, convalida, e ratifica, eliminando *ex post* un atto necessario per la legittimità di un provvedimento, si prestano a essere letti come “atti linguistici di secondo ordine” che hanno come *target* proprio l'infelicità del performativo, sanandola con efficacia *ex tunc*.

Ebbene, crediamo che si possa estendere questa proprietà caratteristica dei provvedimenti anche alla teoria generale dei performativi di Austin, per cui possiamo avere dei performativi di secondo grado (dei “meta-performativi”) che dichiarano confermato, rigettato o sanato un performativo di primo grado. Ovviamente, non tutti i provvedimenti amministrativi possono essere sanati; inoltre, vi sono dei requisiti da rispettare: ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato n. 882/2022 stabilisce l'insanabilità della lottizzazione abusiva tramite condono separato degli edifici.

¹³⁶ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 532 ss.

¹³⁷ L. Caponetto, *Undoing things with words*, cit.

¹³⁸ S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., 58.

4. Performativi “condizionali”. L’analisi meta-giurisprudenziale ci permette di constatare la possibilità di apporre condizioni ai provvedimenti: infatti, se l’amministrazione ha discrezionalità, essa può apporre al provvedimento delle condizioni sospensive o risolutive che, rispettivamente, subordinano la produzione e cessazione di effetti a eventi futuri¹³⁹. Il rilievo è importante, perché mostra come vi siano dei casi in cui l’atto è «perfetto ma non efficace, ovvero efficace ma annullabile»¹⁴⁰.

5. Performativi “a effetto istantaneo” e performativi “a effetto durevole”. Vi sono, infine, atti il cui effetto si produce e si esaurisce in un unico momento (ad esempio, il decreto di espropriazione) e atti invece che hanno efficacia prolungata (come i piani urbanistici)¹⁴¹. Certamente, la distinzione dipende da cosa s’intenda per effetto: è quello illocutorio (convenzionale, non-naturale, e determinato dalla felicità dell’atto), o quello perlocutorio (naturale o causalmente determinato)? Un’opportuna analisi in questo senso può integrare ulteriormente il modello originale di Austin.

In conclusione, ci auguriamo che il presente lavoro costituisca un esempio di proficua collaborazione fra teoria giuridica e filosofia del linguaggio. Nella fattispecie, la teoria amministrativistica e l’analisi pragmatica del linguaggio paiono poter beneficiare vicendevolmente del confronto fra le rispettive nozioni e acquisizioni. È a nostro avviso una circolarità virtuosa. Da un lato, la teoria giuridica può essere illuminata dalla pragmatica del linguaggio quando si tratta di cogliere la natura generale di certi atti linguisticamente formulati come il provvedimento amministrativo. Dall’altro, la pragmatica del linguaggio può essere arricchita dalla teoria giuridica quando si tratta di capire più in dettaglio come si formulino certi atti, a quali condizioni risultino efficaci, con quali componenti ed esiti. Le distinzioni delle diverse discipline non sempre si prestano a mutue traduzioni o parallele articolazioni teoriche. Anzi, capita spesso che il dialogo sia difficile. Ci auguriamo che in questo caso non sia così e altri lavori possano confermarlo¹⁴².

¹³⁹ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 601, 640-641; Id., *Manuale di diritto amministrativo*²⁵, cit., 523 ss.

¹⁴⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, cit., 641.

¹⁴¹ Ivi, 531.

¹⁴² Va un grazie a un anonimo revisore di questa Rivista e, per i commenti a versioni anteriori, il ringraziamento va esteso a Riccardo Guastini e Paolo Labinaz.

John L. Austin e il provvedimento amministrativo

Il presente lavoro ambisce a fornire una prima applicazione strutturata della teoria degli enunciati performativi di J.L. Austin al provvedimento amministrativo. In primo luogo, i principali vizi del provvedimento amministrativo vengono esaminati alla luce della dottrina delle infelicità degli enunciati performativi (colpi a vuoto, *misinvocations*, *misexecutions*, abusi). In secondo luogo, le principali categorie dogmatiche sviluppate dal diritto amministrativo vengono impiegate per emendare e integrare la teoria dei performativi. L'obiettivo più generale di questa ricerca è contribuire alla creazione di un modello interdisciplinare per l'analisi del linguaggio normativo e, in particolare, di quegli enunciati che, paradigmaticamente, sono utilizzati per un esercizio del potere e per la produzione diretta di effetti giuridici sul destinatario, focalizzandosi sulla dimensione procedimentale e autoritativa degli stessi.

John L. Austin and administrative resolution

This paper aims to offer a first structured application of J.L. Austin's theory of performative utterances to administrative orders. First, the main forms of invalidity of administrative orders are examined in the light of the doctrine of performative utterances (misfires, misinvocations, misexecutions, and abuses). Second, the main dogmatic categories developed by administrative law are used to modify and complement performative theory. The more general objective of this research is to contribute to the creation of an interdisciplinary model for the analysis of normative language and, in particular, of those utterances that are paradigmatically used for the exercise of power and for the direct production of legal effects on the addressee, focusing on their procedural and authoritative dimension.