

Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo¹

di Domenico Sorace

SOMMARIO: 1. Le nuove disposizioni 2. L'interpretazione a. i provvedimenti "di natura vincolata" b. le norme sul procedimento o sulla forma c. norme sostanziali o processuali? d. non annullabilità equivale a legittimità? 3. Le implicazioni 4. La *ratio* 5. Il dibattito 6. I riferimenti comparatistici 7. Le nuove norme e il principio di legalità a. la legge b. il diritto comunitario c. la Costituzione

1. le nuove disposizioni

Fra le tante e tanto discusse addizioni del 2005 alla legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 (LPA), quelle relative alle conseguenze della violazione di leggi sulla forma e sul procedimento degli atti hanno dato esca a un dibattito tra i più interessanti, non solo per il numero e l'acutezza ma anche per la passione degli interventi.

Prima di darne, sia pur sinteticamente, conto per trarne qualche utile ammaestramento, è opportuno però ricordare il contenuto delle disposizioni ed analizzarne la portata, la *ratio* e le possibili implicazioni, con i principali problemi interpretativi che vi si riferiscono, e dar atto delle proposte di loro inquadramento sistematico

L'art. 21-*octies* consta di tre parti, rispettivamente costituite dal primo comma e da ciascuna delle due proposizioni del secondo comma.

Nel primo comma, il legislatore del 2005 dice che «è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza». Pare opportuno usare il verbo "dire" piuttosto che "prevedere o "disporre" perché non sembra che le innovazioni lessicali per cui, con riferimento alla violazione di legge, ci si riferisce all'adozione dell'atto, mentre, per l'eccesso di potere e l'incompetenza, si parla di vizi, o il mutamento dell'ordine di presentazione delle tre categorie di illegittimità determinino alcuna innovazione giuridica rispetto alla formula che risale alla legge n. 5992/1889 (l'attaccamento alla quale dimostra piuttosto o una sorprendente sordità rispetto all'ormai pacifico giudizio di obsolescenza della formula stessa o una prudenza nell'uso dello strumento legislativo in

¹ Testo rielaborato della relazione tenuta 21 settembre 2007 al 53° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna sul tema "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", di prossima pubblicazione in *Diritto pubblico*.

questo campo che è a sua volta sorprendente per il contrasto con l'audacia dimostrata con altri interventi del nuovo Capo IV-*bis* della LPA).

D'altro canto, sembra che con il primo comma del nuovo articolo al legislatore interessasse essenzialmente ricordare la regola vigente, e in particolare l'annullabilità conseguente all'adozione di un provvedimento «in violazione di legge», per mettere in chiara evidenza le eccezioni a tale regola che intendeva disporre col comma successivo.

Una prima eccezione all'annullabilità di un provvedimento per violazione di legge è disposta dalla prima proposizione di tale secondo comma, quando quelle violate siano «*norme sul procedimento o sulla forma*». Ma l'eccezione opera soltanto a condizione che il provvedimento in questione abbia «*natura vincolata*» e che, per tale motivo, «*sia palese*», cioè risulti evidente, che (per essere legittimo) «*il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*»².

Un'altra eccezione – tale anche rispetto a quella precedente - è disposta dalla seconda proposizione. Questa, da un lato, tratta di una particolare ipotesi della violazione di norme procedimentali, la «*mancata comunicazione dell'avvio del procedimento*»; dall'altro, riguarda non soltanto atti di natura vincolata³, ma anche atti discrezionali («*comunque*»); infine, anche in questo caso, esclude l'annullabilità solo a condizione che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, stabilendo, però, che sia sufficiente che sia dimostrato in giudizio dall'amministrazione che quello in concreto adottato sia l'unico provvedimento non illegittimo possibile (non richiedendo però che ciò sia palese, il che ben si spiega visto che l'atto potrebbe non essere vincolato).

2. l'interpretazione

a. i provvedimenti “di natura vincolata”

Nelle disposizioni delle quali si è esposto il contenuto, è centrale la questione del significato da attribuire a due locuzioni, la prima delle quali è: «*la natura vincolata del provvedimento*».

Si tratta, cioè, di stabilire quando un provvedimento debba considerarsi vincolato ‘per natura’ e dunque debba essere distinto da un provvedimento da considerarsi, in contrapposizione, ‘per natura’ discrezionale.

² Il significato da attribuire alla prescrizione che l'impossibilità di un provvedimento con un contenuto legittimo diverso sia palese non è molto chiaro: vi torneremo nel successivo paragrafo.

³ Cfr.: Cons. St., sez. VI, n. 620/2007. Secondo altra giurisprudenza, invece, agli atti vincolati si applicano sempre le norme della prima proposizione, cfr. Cons. St., sez. VI, n. 4763/2006 e n. 1256/2007.

Invero, non sempre è facile operare tale distinzione, ed anzi la si dovrebbe ritenere impossibile se si aderisse all'opinione di chi ritiene che degli atti vincolati si dovrebbe addirittura negare l'esistenza. Ma, qui, la loro esistenza è postulata dalla legge e quindi non si può fare a meno di individuarli e, del resto, la distinzione appare possibile in linea teorica e, almeno in alcuni casi, non dubitabile anche in pratica.

In linea teorica, un atto dell'amministrazione può considerarsi vincolato quando si è in presenza di una fattispecie in relazione alla quale la legge stabilisce che, in presenza di un presupposto di fatto che l'amministrazione deve limitarsi ad accertare, senza operare scelte o valutazioni opinabili, l'amministrazione stessa può legittimamente prendere un solo provvedimento, predeterminato dalla legge⁴, senza alcun margine di scelta neanche relativamente all'*an*, così che, in definitiva, l'ultima parola su quale contenuto debba avere l'atto che può essere legittimamente adottato spetterà al giudice⁵. Quest'ultimo punto deve essere sottolineato anche in riferimento all'osservazione che molto frequentemente è dubbia l'interpretazione delle norma che l'amministrazione deve applicare: infatti dubbi non possono esservi su ciò che l'unica interpretazione corretta di una norma è quella data dal giudice⁶ così come l'unica ricognizione corretta dell'esistenza e della consistenza di un fatto.

Peraltro, la prima proposizione dell'art. 21-*octies* richiede anche che «sia palese» che il provvedimento adottato non avrebbe potuto avere legittimamente un diverso contenuto dispositivo.

Dunque - essendo ovvio che, se il giudice non condividesse l'interpretazione data ai presupposti di diritto del provvedimento dall'amministrazione o la raffigurazione da questa fornita dei presupposti di fatto da accertare, il provvedimento non andrebbe esente dall'annullamento - resta da capire se quel che richiede la norma sia qualcosa di più della semplice conformità della interpretazione amministrativa dei presupposti a quella ritenuta corretta dal giudice, e cioè se è anche necessario che appaia *ictu oculi* che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

⁴ “Nell'attività vincolata l'agire appare integralmente disciplinato, sono precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche; vi è, dunque, una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della potestà e non vi è alcuno spazio di scelta per l'amministrazione”: R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 63.

⁵ Infatti, spiega F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. amm.*, 2003, 420-1, “il provvedimento non è annullabile quando la statuizione è l'unica corretta, alla stregua del giudizio di conformità a diritto che l'ordinamento rimette al giudice”; giacché “non è l'incontrovertibilità del risultato dell'operazione intellettuale, ma la natura della funzione entro la quale questa si iscrive, che rende irrilevante il dubbio circa la possibilità di conclusioni diverse.”

⁶ In verità dei dubbi avrebbero ragione d'esistere con riferimento alle “disposizioni tributarie”, visto che l'interpretazione fornita in sede di “interpello” dall'amministrazione finanziaria ha per effetto la nullità di “qualsiasi atto...emanato in difformità dalla risposta”: art. 11, cc. 1 e 2, l. n. 212/2000 (statuto dei diritti del contribuente).

Il senso della disposizione legislativa “fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” conduce ad un altro risultato: ciò che si richiede è che la impossibilità di un contenuto diverso del provvedimento risulti evidente a causa della natura vincolata del provvedimento stesso («*per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso...*»)⁷. Tuttavia, forse, l'intenzione del legislatore era diversa, volendo egli escludere l'applicazione della norma in presenza anche del minimo dubbio, che potrebbe aversi, per esempio, nella prima applicazione di una norma o comunque in assenza di prassi e soprattutto di giurisprudenza consolidate⁸. Ma, pur dovendo prendere atto che il significato della norma..... non è palese, sembra preferibile la prima interpretazione, visto che l'accertamento in concreto del requisito dell'evidenza potrebbe a sua volta dar adito a dubbi ed a difformità di soluzioni.

Va, peraltro, ricordato che si obietta talvolta che la vincolatezza così definita esisterebbe soltanto in astratto, giacché in concreto gli atti di natura vincolata non esisterebbero, visto che innanzitutto le circostanze di fatto richiederebbero in via ordinaria apprezzamenti valutativi dell'amministrazione. Ma, proprio nella realtà, non sono pochi gli esempi che possono portarsi di innegabile assenza di qualsiasi potere discrezionale dell'amministrazione⁹, dal momento che i presupposti di alcuni provvedimenti sono costituiti dalla incontestabile esistenza (che richiede soltanto di essere accertata, e che dunque non vi sarebbe ragione che fosse riservata all'amministrazione) di certe situazioni di fatto, quali, per esempio, il possesso di un documento (come un titolo legale di studio) o una circostanza temporale (come l'essere spirato o meno il termine per un adempimento del privato o dell'amministrazione) o fisica (quale l'altezza di una persona) o, più in generale, la indubbia totale corrispondenza di un fenomeno concreto ad una fattispecie legale (come per certe attività che configurano una industria insalubre¹⁰).

Piuttosto, è vero che possono esserci atti solo parzialmente vincolati, come avviene quando, in relazione ad un presupposto passibile solo di accertamento univoco, l'amministrazione ha il potere di scelta fra decisioni diverse, o, viceversa quando la legge prefigura una sola possibile decisione, ma in presenza di un presupposto la cui verifica è oggetto di una valutazione con margini più o meno ampi di discrezionalità (politico-amministrativa o tecnica che sia; si pensi, per esempio, alla valutazione di uno stato di pericolo). In tali ipotesi, si deve escludere che

⁷ Cfr. S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino 2006, 309.

⁸ Quando, in effetti, si può quasi sempre dubitare; ma la conclusione – evidentemente insoddisfacente – sarebbe che nelle prime applicazioni di nuove leggi, tendenzialmente la norma dovrebbe restare inapplicata!

⁹ V. l'ampia casistica ricordata da V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali di atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 210, n. 56, gli esempi suggeriti da D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 62, e quelli indicati da altri autori riferiti da S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 345-6.

¹⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, n. 1307/2007.

si sia in presenza della fattispecie legale di cui alla prima proposizione dell'art. 21-*octies*, c. 2.

Queste ipotesi non vanno però confuse con altre nelle quali un unico possibile provvedimento può basarsi alternativamente su presupposti da accertare o da valutare, cosicché in realtà si è in presenza di prescrizioni che configurano due o più fattispecie alternative, alcune delle quali possono prefigurare un provvedimento vincolato ed altre uno discrezionale¹¹.

Infine, i provvedimenti vincolati dei quali si occupa la prima proposizione del secondo comma dell'art. 21-*octies* sono altra cosa da quei provvedimenti che non avrebbero potuto avere un contenuto diverso malgrado la loro 'natura' discrezionale dei quali (anche¹²) tratta la seconda proposizione. L'ipotesi contemplata è in questo caso quella che, malgrado l'amministrazione abbia il potere astratto di fare delle scelte, la situazione concreta nella quale interviene sia tale che non esista nessun ambito di scelte ed una sola decisione legittima risulta possibile.

b. le “norme sul procedimento o sulla forma”

Nodale è anche la questione del significato della locuzione «*norme sul procedimento o sulla forma degli atti*», poiché ne discende la esclusione o meno della annullabilità di un provvedimento vincolato in presenza di certi vizi.

In proposito, è utile tener presente, in primo luogo, che in generale è possibile distinguere i requisiti richiesti per un prodotto da quelli riguardanti l'attività di produzione, così che il primo può possedere i requisiti desiderati anche in assenza di quelli richiesti per la seconda (e viceversa), anche se, naturalmente, le regole per la produzione sono normalmente fissate in funzione dei requisiti che si vuole abbia un prodotto. Più specificamente, la legalità/illegalità predicabile in relazione all'atto (o agli atti) con cui si prende e si manifesta una decisione si può distinguere dalla legalità/illegalità predicabile in relazione alla decisione in sé, cioè a quanto deciso mediante l'atto¹³.

Il giudizio sulla legalità/illegalità della decisione in sé è il risultato del confronto tra il deciso, lo statuito e le regole e/o i principi dalle quali viene delimitato l'ambito delle decisioni ammesse dall'ordinamento di riferimento.

Altre categorie di norme riguardano, invece, l'agire - l'atto isolato o l'insieme coordinato di atti – da cui scaturisce una certa decisione (di per sé legale o illegale che sia): sono le norme che stabiliscono quali atti ed in quale relazione reciproca sono necessari a tal fine -norme sul

¹¹ Cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, n. 1170/2005.

¹² V. il paragrafo precedente.

¹³ V. G. Corso, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 84 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

procedimento- nonché a chi spetta di prendere una certa decisione -norme sulla competenza.

Norme appartenenti ancora ad un'altra categoria stabiliscono poi con quale veste e secondo quali modalità la decisione deve apparire, essere manifestata – norme sulla forma¹⁴.

Soltanto le violazioni delle norme della prima categoria danno vita a vizi della decisione correntemente definiti “sostanziali”, mentre, in contrapposizione, dalle violazioni di tutte le altre categorie si può dire che originino “vizi formali”¹⁵.

L'art. 21-*octies*, c. 2, esclude, alle condizioni che indica, l'annullabilità di provvedimenti privi di “vizi sostanziali, anche se affetti, non da tutti, ma soltanto da alcuni “vizi formali”, cioè dai vizi procedurali (nel caso di atti discrezionali, soltanto da uno di questi) e dai vizi della forma degli atti, non invece se affetti da vizi sulla competenza a prendere gli atti.

Quest'ultimo punto appare certo, anche se i principali dubbi interpretativi riguardano in primo luogo proprio la violazione di norme sulla competenza, cioè il vizio di incompetenza (relativa)¹⁶ (vizio sicuramente definibile “formale”, in termini generali, ma che non attiene né alle norme sul procedimento né a quelle sulla forma, delle quali soltanto tratta l'art. 21-*octies*).

¹⁴ Naturalmente questa è solo una delle accezioni del termine forma, per i cui diversi significati v. S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 19 ss.

¹⁵ I criteri distintivi sono indicati anche in modo diverso dalla dottrina e dalla giurisprudenza impegnate ad illustrare la diversità tra le due categorie di norme e quindi di vizi, indicando gli elementi caratterizzanti qualche volta l'una categoria, qualche volta l'altra ed utilizzando a tal fine criteri eterogenei. Così, per esempio, possiamo veder suggerito, da un canto, che debbono considerarsi vizi sostanziali quelli che riguardano l'applicazione della normativa sull'assetto degli interessi in gioco (TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1042/2006) o più specificamente quelli attinenti ai presupposti del provvedimento, od al suo contenuto, od alla finalità pubblica da perseguirsi (v. G. Bergonzini, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 236 n 9). D'altro canto, si sostiene che si è in presenza di una illegittimità meramente formale quando, sebbene la struttura del procedimento o del provvedimento manchi di un elemento che avrebbe dovuto esserci ai sensi di legge, il contenuto dispositivo del provvedimento non ne risulta alterato, il vizio cioè è neutro rispetto alla sostanza della pretesa fatta valere in giudizio; invece l'illegittimità è sostanziale quando il vizio incide direttamente sulla possibilità dell'amministrazione ed eventualmente del giudice di accertare e soddisfare la pretesa di colui che *jure* la fa valere (V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, 203).

¹⁶ La giurisprudenza è divisa sulla questione: per esempio, non ritengono esclusa l'annullabilità: TAR Campania, Napoli, sez I, n. 3538/2006; TAR Lombardia, Milano, sez. II, n. 533/2005 e n. 3351/2005; TAR Basilicata, Potenza, n. 527/2006; TAR Liguria, Genova, sez. I, n. 828/2006; sostengono invece il contrario: TAR Lazio, Roma, sez III-ter, n. 4636/2006; TAR Campania, Salerno, sez II, n. 2478/2005 e TAR Lazio, Latina, n. 39/2007 .

I dubbi riguardano in secondo luogo i vizi attinenti alla motivazione¹⁷. In proposito occorre distinguere se ci si intende riferire al disposto dell'art. 3 LPA, cioè all'obbligo di manifestare in modo esplicito i fondamenti giuridici e fattuali, che in relazione alle risultanze dell'istruttoria, si è ritenuto costituissero gli elementi di base di una ragionevole argomentazione (intuibile di per sé) concludentesi con (l'atto con il quale è stata presa) la decisione, oppure se si fa riferimento piuttosto all'esistenza stessa di quei fondamenti ed alla loro idoneità a spiegare ragionevolmente la decisione presa (così che, per la loro mancanza, la decisione possa ritenersi "immotivata") e comunque alla loro percepibilità anche in altro modo dall'esterno (così che la decisione possa risultare incomprensibile)¹⁸. In relazione alla violazione dell'obbligo di cui all'art. 3 LPA, si ha un vizio formale (e in particolare della forma, ai sensi dell'art. 21-*octies*), e dunque l'atto non è annullabile; nell'altro caso, si ha un vizio sostanziale (e dunque l'atto è annullabile).

Peraltro, in alcuni casi, la motivazione in senso formale è specificamente richiesta dalla stessa legge del 2005 di modifica della LPA, e proprio per ciò dovendosi escludere un'interpretazione alternativa che farebbe apparire tutto sommato incoerente l'intervento del legislatore, in tali casi l'annullabilità dell'atto che ne è privo non sembra esclusa: si vedano l'art. 6, ult. c. (su una eventuale decisione conclusiva di un procedimento che si discosti dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento) e l'art. 10-*bis* (a proposito non solo dei motivi che devono essere esposti nel preannuncio di rigetto ma anche della motivazione richiesta per il provvedimento finale che non accolga le osservazioni degli interessati).

Analogamente, a proposito dell'altra ipotesi di esenzione dall'annullabilità prevista dalla seconda proposizione del secondo comma dell'art. 21-*octies* relativa specificamente al mancato avviso di inizio del procedimento, non è possibile farvi rientrare la mancata comunicazione del preavviso del rigetto di un'istanza ai sensi dello stesso art. 10-*bis*.

L'esistenza di queste norme che nella stessa LPA (ma altre potrebbero rinvenirsi in altre leggi) richiedono espressamente che in certi casi le regole procedurali e sulla forma siano integralmente rispettate, suggeriscono di sottolineare un aspetto sul quale non debbono esserci equivoci. Il fatto che sia possibile distinguere tra attività discrezionale e attività vincolata, da un lato, e tra vizi sostanziali e formali dall'altro, non deve portare a sottovalutare l'importanza pratica che può avere la partecipazione procedimentale anche nell'ipotesi di attività

¹⁷ V. TAR Lombardia, Milano, sez. II, n. 1957/2006 e TAR Campania, Napoli, sez. VI, n. 8516/2006, ambedue nel senso della non annullabilità.

¹⁸ V. in proposito la chiara e condivisibile illustrazione della problematica di F. Trimarchi Banfi, *op. cit.*, 428 ss., che in particolare osserva che "la domanda suscitata dalla violazione della norma che prescrive la motivazioneè, da un lato, se il vizio che riguarda la motivazione non comprometta la comprensione del contenuto del provvedimento, e dall'altro, se le manchevolezze della motivazione non siano indice di altro vizio" (430).

vincolata. In questo caso non si tratta di manifestare e rappresentare interessi dei quali si dovrà tener conto nella decisione amministrativa, ma il contributo partecipativo degli interessati potrà essere prezioso anche solo per individuare la interpretazione corretta di una norma o per ricostruire senza errori una circostanza di fatto, come del resto è evidentemente dimostrato dall'ineliminabilità del contraddittorio dai processi giurisdizionali, anche quelli di sola legittimità.

c. norme sostanziali o processuali?

Per valutare a pieno la portata delle nuove disposizioni, occorre anche affrontare altri aspetti sui quali si sono manifestate delle incertezze, cominciando col domandarsi se le norme di cui si parla debbano essere considerate di natura sostanziale o piuttosto di natura processuale.

Sembra, invero, da escludere che la legge abbia inteso codificare una evenienza meramente processuale, qual è quella che impedisce al giudice di pronunciare l'annullamento di un atto in assenza di un interesse ad ottenere tale pronuncia da parte del ricorrente¹⁹.

Condividere la tesi²⁰ che "la validità non è un valore finale dell'ordinamento, ma un valore strumentale alla tutela delle situazioni soggettive (dei privati ma anche dei pubblici poteri)", rilevando che normalmente non si prevedono invalidità che non corrispondano ad alcun interesse all'annullamento di un atto, non significa che nelle nostre ipotesi la riduzione del perimetro dell'invalidità conseguente a talune illegittimità dipenda sempre dall'assenza di interessi all'annullamento dell'atto.

Come è noto, per i titolari di interessi oppositivi, può essere assai conveniente, non solo in teoria, ottenere l'annullamento di un atto poiché - dato che il nuovo atto, almeno secondo il diritto vivente (anche se forse non per una ineludibile necessità logica), non può avere efficacia retroattiva - comunque gli effetti indesiderati si verificherebbero più tardi e, addirittura, potrebbero non più verificarsi, dal momento che non si può escludere che l'atto non venga reiterato, in conseguenza della scadenza di un termine perentorio, del mutare del diritto, delle circostanze di fatto o della *policy* dell'amministrazione²¹.

Senza dubbio la seconda proposizione del secondo comma dell'art. 21-*octies* contiene una norma di carattere processuale relativamente

¹⁹ V., invece, tra altre, Cons. St., sez. VI, n. 2763, 4307 e 6192/2006.

²⁰ G. Corso, *Validità* cit. 88 e 105.

²¹ Sia consentito rinviare al nostro *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, III ed. Bologna, 2005, 355, ma si veda anche: G. Bergonzini, *op. cit.*, in *Dir. amm.*, 2007, 256; M. Breganze, *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo nelle nuove "Norme generali sull'azione amministrativa"*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2005, 94; E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 625; e già A. Romano Tassone, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 64.

all'onere della prova (e che innova rispetto ad una antecedente giurisprudenza). Ma ciò non implica che le norme che escludono l'annullabilità degli atti siano anch'esse di carattere processuale.

La non annullabilità è un carattere che attiene al regime giuridico degli atti in questione al pari della annullabilità prevista in generale dal primo comma dello stesso articolo (e dall'articolo seguente) per i provvedimenti illegittimi²², carattere del quale il giudice deve prendere atto, traendone le conseguenze di ordine processuale²³, una volta che abbia accertato, svolgendo la sua funzione tipica e insostituibile, l'esistenza di una delle fattispecie di illegittimità previste dal legislatore.

In conclusione: l'art. 21-*octies*, c. 2, contiene anche delle norme processuali, ma, per quanto riguarda l'esclusione in certe circostanze dell'annullabilità di atti per certi aspetti illegittimi, contribuisce invece a definire il regime degli atti amministrativi sotto il profilo della validità/invalidità.

È appena il caso di aggiungere che attiene ad altro discorso il fatto che le norme sul regime degli atti amministrativi rilevanti sotto il profilo della tutela degli interessati debbano considerarsi attinenti alla "giustizia amministrativa" agli effetti del riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni ex art. 117, c. 2, lett. 1), della Costituzione, come riformata con la l. n. 1 del 2003²⁴. Solo che la circostanza richiama l'attenzione sul fatto che il regime degli atti è inestricabilmente intrecciato con la tutela ma al contempo mette in evidenza come quanto attiene a quest'ultima non si risolve negli aspetti specificamente processuali.

d. non annullabilità equivale a legittimità?

Altra questione controversa è se l'esclusione della annullabilità del provvedimento nelle circostanze in esame debba considerarsi equivalente alla sua qualificazione come legittimo.

A tale domanda pare doversi dare risposta negativa²⁵.

Infatti, in primo luogo, le disposizioni dell'art. 21-*octies*, c. 2, non qualificano come legittimi i provvedimenti di cui trattano. D'altro canto, l'art. 21-*nonies* fa riferimento ai «*provvediment[i] illegittim[i] ai sensi dell'articolo*» precedente, senza distinguere fra le disposizioni dei due commi e pertanto può anche (se pur non esclusivamente) ritenersi che la

²² Cfr. C.S., sez. V, n. 1307/2007

²³ S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 428, n. 16, cita la sentenza del TAR Abruzzo, L'Aquila, n. 667/2005, secondo il quale il ricorso dovrebbe considerarsi inammissibile in quanto sottratto per legge al potere di annullamento del giudice.

²⁴ Sul punto sia consentito rinviare al nostro: *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Le Regioni*, 2002, 757 ss.

²⁵ Cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 542, nonché, per es., Cons. St., sez. VI, nn. 6192 e 6194/2006.

qualificazione si riferisca anche ai provvedimenti di cui al secondo comma di quell'articolo.

Che un provvedimento sia illegittimo anche se non può essere annullato non è poi un'evenienza tanto rara: la situazione non è diversa da quella che si determina per un atto illegittimo non impugnato nei termini, o per il quale è scaduto il termine per un controllo repressivo, che rimane invalido.

Del resto le disposizioni dell'art. 21-*octies*, c. 2, neppure ne escludono l'annullabilità in assoluto. Infatti, se certamente gli atti in questione non possono essere annullati dal giudice, visto che la legge contiene un riferimento al giudizio, non è invece escluso che possano essere annullati in sede di controllo e, in particolare, in via di autotutela²⁶ (v. art. 21-*nonies*), anche se può dubitarsi che sia un'ipotesi realistica (potrebbero esserci annullamenti d'ufficio non contraddittori con la difesa in giudizio del provvedimento da parte della p.a. e che tuttavia intervengano in un termine ragionevole?).

Non si può dire dunque che i provvedimenti di cui trattano le due proposizioni del secondo comma dell'art. 21-*octies*, c. 2, siano esentati dal rispetto delle norme sul procedimento o sulla forma e dunque che debbano considerarsi legittimi anche se violano tali disposizioni. In questo senso si trovano in giurisprudenza affermazioni recise²⁷.

Consequentemente, restando ferma l'illegittimità, ed anche se l'annullabilità fosse del tutto esclusa, da un lato, l'insuccesso di un'azione diretta all'eliminazione dell'atto non dovrebbe escludere la condanna dell'amministrazione a sopportare le spese del giudizio; da un altro lato, gli eventuali danni causati dal provvedimento dovrebbero essere considerati "ingiusti" e potrebbero far sorgere un diritto al risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione che li ha causati (naturalmente in presenza degli altri requisiti previsti dalla legge²⁸).

Ovviamente il danno risarcibile non potrà consistere nel "bene della vita" che si sarebbe potuto conseguire o conservare se il provvedimento avesse avuto un contenuto diverso, cioè non potrà trattarsi dei danni derivanti dal contenuto della decisione, che, per definizione, non avrebbe potuto essere diversa, in conformità alle regole che la riguardano in quanto tale. In astratto potrebbero ipotizzarsi però anche danni patrimoniali collegati alla violazione delle norme sul procedimento (per esempio, quelli che potrebbero essere causati dal mancato avviso di avvio di un procedimento ablativo o di un procedimento concessorio a favore di terzi) o sulla forma (per esempio, spese legali, anche non processuali, che non sarebbero state sopportate se fosse stata esplicitata la motivazione del provvedimento).

²⁶ V. G. Bergonzini, *op. cit.*, 246 ss.

²⁷ V. tra altre Cons. St., sez. VI, n. 5547/2006 e TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 6693/2006.

²⁸ Si tralascia qui la problematica della c.d. 'pregiudiziale amministrativa'.

È peraltro sostenibile, come si è già suggerito e argomentato in altra occasione²⁹, che le norme di cui si discute non abbiano soltanto una funzione di tutela indiretta dei beni della vita coinvolti dagli specifici provvedimenti ai quali di volta in volta si riferiscono, bensì anche, e talvolta non meno, beni quali la dignità umana e, se così si può dire, quello statuto non solo giuridico che distingue un cittadino di uno stato democratico da un suddito. Così, conseguentemente, è da considerare anche la prospettiva della risarcibilità di danni morali.

Inoltre, il fatto che gli atti in questione siano illegittimi potrebbe essere rilevante in sede di responsabilità disciplinare e di responsabilità amministrativa.

Tuttavia, non si può non considerare che tutte queste possibili sanzioni per l'atto illegittimo non hanno probabilmente una incisività e dunque un'efficacia deterrente equiparabile a quella del suo annullamento.

3. le implicazioni

Le implicazioni di questa disciplina che sono state segnalate, o a cui comunque si potrebbe pensare, sono molto ampie, e qui non si può che farvi cenno.

Si è rilevato che la nuova normativa avrebbe conseguenze sistemiche sul processo amministrativo.

Da taluno vi si è visto un ampliamento del ruolo e dei poteri del giudice, il quale, chiamato ad operare un sindacato su un atto virtuale, dovrebbe verificare nel merito l'inutilità sotto il profilo sostanziale di una misura di annullamento di un atto affetto da vizi formali e dovrebbe dunque "comporta[rsi] come l'Amministrazione"³⁰. Il che minerebbe la certezza del diritto, dal momento che la correttezza dell'azione amministrativa non sarebbe più garantita dal mero rispetto delle norme,

²⁹ In *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi"*, comparando, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 279 ss. (anche per qualche riferimento comparato). Più di recente, si è detto, per esempio, a proposito dell'obbligo di motivazione che «[u]nreasoned coercion denies our moral agency, and denies our political standing as citizens entitled to respect as ends in ourselves», così che si può pensare alla «*reasoned administrations as an individual right, indeed a fundamental individual right*» (è la tesi di J. Gardner, *The Mark of Responsibility (With a Postscript on Accountability)*, in M. D. Dohdle (ed.), *Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences*, p 220, Cambridge Un. Press, 2006, come riferita da J. Mashaw, *Reasoned administration: the EU, the US and the project of Democratic governance*, in A. Massera (a cura di) *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli 2007, 129.

³⁰ V. E. Follieri, *L'annullabilità cit.*, 628.

spettando al giudice di verificare piuttosto la corretta funzionalizzazione dell'attività amministrativa³¹.

Senonché, come già detto più sopra, per gli atti vincolati, non sembra che al giudice si chieda di più che di stabilire se la formulazione della legge che deve applicare e la definizione dei presupposti che essa prevede per la emanazione di un provvedimento siano tali che quello cui si riferisce il suo sindacato debba ritenersi l'unico possibile atto legittimo. D'altro lato, anche per gli atti discrezionali, la verifica dell'avvenuta dimostrazione da parte dell'amministrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso non presuppone da parte del giudice alcuna ingerenza nel merito amministrativo ma esige da lui niente più dell'espletamento di un compito del tutto ordinario per la sua funzione, qual è il giudicare se un onere di prova gravante su un certo soggetto possa considerarsi assolto; nel caso, si tratterà di giudicare se l'amministrazione in questione sia riuscita a provare che, malgrado possedesse in astratto un potere discrezionale, nel caso concreto la discrezionalità non esisteva, e che dunque il provvedimento impugnato era l'unico che potesse essere preso legittimamente.

Altra questione è, invece, quella del rilievo della domanda e del tipo di pronuncia in un giudizio nel quale il giudice, richiesto dell'annullamento di un atto per vizi formali, deve escludere l'accoglimento della richiesta dopo aver indagato su un aspetto diverso.

Ma si tratta di una questione che, da un lato, può comunque trovare un'accettabile soluzione processuale formale³², mentre, d'altro lato, è solo un elemento che si aggiunge agli altri (in primo luogo, l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di risarcimento di danni³³) per dimostrare l'esigenza di un organico ripensamento della struttura del processo amministrativo.

Si è anche rilevato che le norme dell'art. 21-*octies*, c. 2, accentuano la divaricazione della disciplina degli atti vincolati da quella degli atti discrezionali³⁴.

³¹ V. F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustizia amministrativa*, www.giustamm.it, 2005, n 1

³² In dottrina vi è chi ritiene necessaria la proposizione di un'eccezione da parte dell'amministrazione chiamata in giudizio (v. A. Romano Tassone, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2005, n 1) e chi richiede che il ricorrente accompagni la sua domanda di annullamento di un provvedimento per vizi formali "con la dimostrazione (o almeno l'affermazione) che il provvedimento poteva ed anzi doveva avere un diverso contenuto" (è l'opinione di D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 40 ss., cui aderisce L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento amministrativo: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.* 2006, 204).

³³ Che già aveva stimolato le riflessioni di G Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza* in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 298 ss.

³⁴ Anche su questo v. D. Corletto, *op.cit.*, 60 ss.

Da un lato, in effetti si può osservare come, mentre, a proposito degli atti vincolati, si può anche concepire che del rispetto delle regole formali si possa, logicamente fare a meno, dato che la legge disciplina direttamente l'assetto sostanziale degli interessi delle parti del rapporto del cittadino con la pubblica amministrazione (secondo buon senso, "se il risultato risulta realizzato, il come diventa recessivo"³⁵); al contrario, questo non è in generale possibile per gli atti discrezionali, giacché, in quel caso, le salvaguardie giuridiche delle *chances* del cittadino a che l'assetto degli interessi risultante dall'esercizio del potere amministrativo sia conforme alle sue aspirazioni consistono in modo determinante (anche se non esclusivamente) nell'obbligo del rispetto delle regole formali da parte della pubblica amministrazione³⁶.

D'altro lato, l'attenuazione del rilievo dei vizi formali ha suscitato riflessioni anche sulla configurazione degli interessi legittimi, facendo ipotizzare che anche la loro natura fosse coinvolta dalla nuova normativa. Quest'ultima è stata oggetto di biasimo anche per la possibilità che sia letta come una esclusione della stessa predicabilità di tale posizione giuridica soggettiva in riferimento a norme prive di rilevanza sostanziale ed è stata occasione per richiamare una visione dell'interesse legittimo non necessariamente dotato di una funzione protettiva di interessi individuali³⁷ e ad una visione del processo amministrativo come diretto a tutelare la legittimità oggettiva piuttosto che gli interessi degli individui³⁸.

Ma, invero, pare difficile accettare l'idea che l'interesse legittimo sia uno strumento di tutela di interessi oggettivi e non soggettivi, quando l'art. 24 Cost. lo affianca al diritto soggettivo e proprio agli effetti della tutela giurisdizionale. Sembra piuttosto che la nuova legge imponga soprattutto di ricordare quella corrente della dottrina, già più sopra richiamata³⁹, che ha sostenuto, ben prima della nuova disciplina legislativa dei vizi formali, che a fronte di attività vincolate non possono esservi che diritti soggettivi, corrente nella quale deve resistere alla tentazione di inserirsi qualche nuova voce⁴⁰. Comunque anche questa nuova disciplina contribuisce a

³⁵ G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 607, il quale osserva che in tal caso si ha una sostituzione del processo al procedimento.

³⁶ Sulla grande rilevanza della diversità tra atti discrezionali e vincolati avevano da tempo richiamato l'attenzione E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980, 278 - 9 e A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *RTDPC*, 1988, n. 1, estr.

³⁷ G. Bergonzini, *op. cit.* 255 ss., il quale in definitiva respinge l'ipotesi, formulata da Corletto, *op. cit.* che si possa essere in presenza di un'evoluzione dei confini e del contenuto dell'interesse legittimo. V. anche L. Mazzaroli, in Mazzaroli ed al. (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol II, Bologna 2005, 481

³⁸ Secondo una concezione che ha il più coerente sostenitore contemporaneo in A. Romano, di cui si può vedere: *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635.

³⁹ V. *supra*, nota n. 35.

⁴⁰ Sulla possibilità di definire ancora interessi legittimi le posizioni correlate ad atti vincolati per i quali è ora esclusa l'annullabilità, v. i forti dubbi espressi da G. Sala, *op. cit.*, 609 ss., il quale, peraltro, aderendo alle preoccupazioni espresse da G. Falcone, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, 77, ritiene pragmaticamente inopportuno

dimostrare quantomeno la insostenibilità scientifica della attribuzione di una identica denominazione per le posizioni giuridiche soggettive che fronteggiano attività vincolate ed attività discrezionali della pubblica amministrazione e conferma la sempre più accentuata obsolescenza di un riparto delle giurisdizioni fondato sulla distinzione interesse legittimo/diritto soggettivo.

4. la *ratio*

Ma in definitiva a quale *ratio* rispondono le norme dell'art. 21-*octies*, c. 2?

La spiegazione secondo la quale esse considerano delle ipotesi di mera "irregolarità"⁴¹, alla quale pure si riconducono violazioni di norme che non causano la annullabilità dell'atto, è stata contestata sostenendo che vi è differenza sia perché nel caso dell'irregolarità le violazioni delle norme sono di scarso rilievo, sia perché l'irregolarità deve emergere in astratto ed *ex ante* rispetto al giudizio⁴², così da risultare scevra da qualsiasi componente sostanzialistica⁴³.

Ma queste argomentazioni non sembrano del tutto convincenti. La prima, infatti, si riferisce ad un criterio o totalmente empirico o che nella sostanza si risolve nel principio del raggiungimento dello scopo, lo scopo delle norme formali o delle norme sostanziali⁴⁴. Quanto alla seconda, si può osservare che in base all'art. 21-*octies*, c. 2, le norme sulla forma e sul procedimento, in particolare quelle attinenti all'avviso di avvio del procedimento, diventano ormai in generale inidonee a determinare quel profilo della invalidità consistente nell'annullabilità del provvedimento su richiesta di terzi, perché, per questo aspetto, ciò che solo conta è che il provvedimento, nel suo contenuto dispositivo, sia l'unico possibile conforme alle norme sostanziali che lo riguardano. Tutto ciò è previsto in astratto ed *ex ante* rispetto al giudizio nel quale dovrà soltanto essere sottoposta a verifiche la realizzazione di tale condizione, non diversamente dalle verifiche che, in alcuni casi, debbono farsi in concreto in relazione ad altre ipotesi di violazioni di norme formali per stabilirne la catalogazione

attribuire la giurisdizione su tali posizioni giuridiche soggettive al giudice ordinario, in quanto fonte di ulteriori complicazioni .

⁴¹ Su questa categoria v. A. Romano Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993. Sulla riconducibilità ad essa dei vizi formali dei quali qui ci si occupa v. le diverse opinioni di G. Morbidelli, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, 79 ss., S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, , 260 ss. V., invece, la categoria della "imperfezione superflua" (per il conseguimento *aliunde* dello scopo della norma violata, per l'inutilità dell'adempimento formale, per la neutralità della violazione sugli interessi coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo) proposta da F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino 2003, *passim* e in particolare, 317 ss.

⁴² Così, per es., G. Bergonzini, *op. cit.*, e Cons. St., sez. VI, n. 6192/2006.

⁴³ V. F. Fracchia, M. Occhiena, *op. cit.*

⁴⁴ La giurisprudenza sembra utilizzare, a seconda dei casi, ciascuno di questi criteri.

nella categoria delle irregolarità o, all'opposto, delle invalidità talmente gravi da determinare addirittura la nullità del provvedimento⁴⁵.

Dunque non è del tutto chiaro perché le nostre ipotesi si differenzierebbero da quelle ricondotte alla categoria della irregolarità, anche se comunque ascriverle a tale categoria non offre una spiegazione soddisfacente della loro *ratio*.

D'altra parte, sarebbe un equivoco - del resto ormai chiarito - pensare che le nuove disposizioni del secondo comma dell'art. 21-*octies* costituiscano applicazione del principio del "raggiungimento dello scopo" di cui all'art. 156, c 3, c.p.p., il quale esclude categoricamente l'annullamento «[l]a nullità non può mai essere pronunciata» di un atto «se ha raggiunto lo scopo a cui è destinato». Infatti, lo scopo al quale si riferisce il codice di procedura civile è quello corrispondente alla specifica norma di cui si è avuta la violazione, quello dell'atto procedimentale o delle formalità omesse o imperfette (ed in questa prospettiva, infatti, già da tempo la giurisprudenza ha applicato il principio agli adempimenti procedurali⁴⁶). Semmai è ad un altro scopo che ci si dovrebbe riferire, quello cui è indirizzato l'insieme delle norme che disciplinano l'azione amministrativa, cioè pervenire ad una decisione "il cui contenuto dispositivo sia sostanzialmente conforme al paradigma normativo"⁴⁷. Peraltro, non è solo questo che richiedono le nuove norme per escludere la rilevanza dei vizi formali considerati, visto che pretendono che, malgrado la presenza di tali vizi, il provvedimento preso abbia l'unico contenuto giuridicamente possibile.

Si è anche ipotizzato in dottrina che l'esclusione della annullabilità dipenderebbe da una sanatoria *ex lege*, operata dal provvedimento finale, proprio in quanto il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, così che si dovrebbe escludere che il provvedimento sia illegittimo⁴⁸. Ma l'opinione è stata convincentemente criticata osservando, tra l'altro, che proprio il provvedimento finale può essere affetto da vizi di forma⁴⁹. Del resto la tesi è in definitiva più descrittiva che esplicativa.

⁴⁵ Come può avvenire, per esempio, nel caso di un atto non firmato: v. Cons. St., sez. V, n. 623/1996.

⁴⁶ V. , tra tante altre, di recente Cons. St., sez. IV, n. 3/2006, sez. V, n. 283/1996, sez. VI, n. 5260/2006.

⁴⁷ Così: TAR Campania, Napoli, sez. IV, 20 novembre 2006 , n. 9983. Cfr. A. Romano Tassone, *op. cit.*, che parla dello "scopo generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata: pervenire ad una decisione provvedimento intrinsecamente legittima".

⁴⁸ F. Fracchia, M. Occhiena, *op. cit.* In giurisprudenza si è parlato invece talvolta di una sanatoria in giudizio: TAR Sardegna, sez. II, n. 1386/2005.

⁴⁹ R. Chieppa, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*. in *Giustizia amministrativa*, www.giustamm.it, 2005, n 12

Su un piano di politica del diritto, anche le nuove norme potrebbero considerarsi attuazione del principio di “semplificazione” secondo quella tecnica che presuppone che sia stata in precedenza emanata una disciplina ora giudicata inutilmente complessa, sulla quale si interviene non abrogandola *tout court* o riformulandola ma (semplicemente, semplicisticamente?) escludendo la consueta rilevanza del suo mancato rispetto, come è il caso, in materia procedimentale, della esenzione dall’obbligo di tener conto di pareri pur obbligatori, se non pronunciati nei termini (v art. 16, c. 2, LPA).

Allo scopo di testare la tenuta dell’art. 21-*octies*, c. 2, rispetto al principio di legalità, appare peraltro di maggiore interesse l’opinione di chi richiama il principio di ragionevolezza e proporzionalità⁵⁰ che sarebbero violati se non si conservassero provvedimenti «che, pur divergenti rispetto al diritto positivo, rispettano l’assetto degli interessi così come imposto dalla legge» e che comunque richiedono un bilanciamento tra esigenze di garanzia di imparzialità e di buona amministrazione⁵¹.

5. il dibattito

Mentre in giurisprudenza le nuove norme sembrano essere state accolte sostanzialmente con favore (anche perché non di rado sono state viste per l’appunto come la codificazione di risalenti orientamenti giurisprudenziali⁵²), in dottrina paiono invece aver prevalso le voci preoccupate, tanto che si è potuto plaudire all’inversione di tendenza rispetto alle forti spinte antiformaliste emerse tra gli studiosi all’indomani della entrata in vigore della l. 241/1990 ed a quello che è sembrata una sorta di recupero da parte della dottrina del valore della legalità formale⁵³. Infatti, a più di un autore sono venute in mente le parole di Rudolf von Jhering a proposito della forma, da considerare “nemica giurata dell’arbitrio e sorella gemella della libertà”.

Si è lamentata una dequotazione, contraddittoria⁵⁴, delle regole procedimentali (per altri versi valorizzate in altre parti della legge del 2005), con il rischio – reale - di indurre i responsabili a trascurarne

⁵⁰ V. infatti, *infra*, § 7, c).

⁵¹ V. Morbidelli, *op. cit.*, 99 e F. Luciani, *op. cit.* in particolare cap. V.

⁵² Dei quali era stata segnalata da A. Police, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 791 (ove anche i riferimenti alla giurisprudenza in questione), “la marcia ...in direzione della c. d. teorica del risultato” (sulla quale ultima v. G. Corso: *Amministrazione per risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, 127 ss.).

⁵³ V. F. Fracchia, M. Occhiena, *op. cit.*

⁵⁴ V., per esempio, le perplessità suscitate dalla nuova legge, in chi, pur constatando che “il tema presenta profili molto articolati, che non ammettono valutazioni sommarie” ha rilevato “la contraddizione di fondo fra la valorizzazione della partecipazione al procedimento ...e l’affermazione che l’omissione di tale partecipazione in molti casi può risultare senza effetti invalidanti”: A. Travi, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, n. 4/2005, 453.

l'applicazione anche al di fuori dei casi previsti dalla legge, e dunque in definitiva con il pericolo che l'amministrazione si senta sciolta dal principio di legalità.

In proposito, in epoca precedente alle novità legislative, si era anche ammonito che “non basta che il provvedimento soddisfi l'interesse pubblico perché venga tolto ogni rilievo alla eventuale invalidità. Il principio di legalità esige che l'interesse pubblico sia soddisfatto nel rispetto delle competenze, delle forme e dei limiti indicati dalla legge: sicché, quando questi non risultino osservati, il provvedimento rimane invalido (ed è esposto ad annullamento) anche se ha in concreto tutelato l'interesse pubblico”⁵⁵. Ovvero: “il principio di legalità copre (o comprende) anche i c.d. principi sostanzialistici, questi non possono perseguirsi anche in violazione di norme vincolanti, ove esse siano relative a semplici (e reali) profili formali”⁵⁶.

Comunque, non è ragionevole – si è detto - e costituirebbe una scelta perdente e contraddittoria “svalutare il principio di legalità, consentendo che vi siano delle norme, vigenti, ma non più sanzionate in nessun modo, il cui mancato rispetto non ha più alcuna conseguenza”: l'unica soluzione accettabile sarebbe quella di eliminare le norme il cui rispetto non sia ritenuto indispensabile, e conseguentemente “di sfolciare, tagliare, ridurre, semplificare le previsioni procedimentali e formali”⁵⁷.

Ma, per altro verso, svolgendo un discorso su “la forma presa sul serio”⁵⁸, si è ripreso un aforisma di Luhmann, a proposito delle “illegittimità praticabili”, che del resto già dieci anni a dietro era stato evocato da un illustre giurista, inflessibile assertore del principio di legalità⁵⁹, quale possibile strumento “di riduzione del pregiudizio derivante, in ipotesi, dalla rigorosa applicazione di norme non meditate e scritte con la cura che parrebbe necessaria”.

D'altro canto, sottolineandosi che le norme dettate dalla LPA non possono essere considerate espressione di formalismo ma piuttosto moderna attuazione di principi fondamentali a tutela dei singoli ed a garanzia di una buona amministrazione democratica, si è giunti ad esprimere il dubbio che un arretramento rispetto a quei principi aprirebbe seri problemi di costituzionalità⁶⁰.

Possibili specifici vizi di costituzionalità sono stati denunciati in relazione al disposto dell'art. 113, c. 2, Cost., che vieta che la tutela giurisdizionale possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi di

⁵⁵ G. Corso, *Validità cit.*, 95.

⁵⁶ F.G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004, 61

⁵⁷ Cfr. D. Corletto, *op. cit.*, 79

⁵⁸ Titolo del libro già citato di S. Civitarese Matteucci, il quale peraltro parla di “illegalità” praticabile (p. 281 ss.)

⁵⁹ V. F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infalibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione “bicamerale”*, in *Foro amm.*, 1997, 3312.

⁶⁰ R. Chieppa, *op. cit.*, 8

impugnazione⁶¹ nonché, seppure in modo meno reciso, in relazione al primo comma dello stesso articolo⁶².

6. i riferimenti comparatistici

Comunque, pur con le differenze delle specifiche disposizioni e dei sistemi in cui si inseriscono, indubbiamente le nuove norme italiane ne riecheggiano altre che si muovono in una simile direzione ed è noto che almeno alcune di queste sono state sicuramente presenti al nostro legislatore. Sarebbe interessante verificare se al di là degli echi si possa parlare di una effettiva analogia tra la nostra nuova disciplina e quelle di altri ordinamenti ma ciò richiederebbe una comparazione che vada ben al di là delle specifiche disposizioni; un'operazione che non è possibile in questa sede, ove però sembra ugualmente utile rammentare alcuni possibili riferimenti comparatistici.

La più diretta fonte di ispirazione del legislatore italiano sembra essere stato l'art. 46 della legge tedesca del 1976 sul procedimento amministrativo, risultato di un dibattito dottrinale e di pronunce giurisdizionali che avevano messo in dubbio che qualsiasi vizio formale potesse portare all'annullamento dell'atto, richiamando la possibilità di distinguere vizi di procedura sostanziali e vizi privi di conseguenze sulla decisione da prendere⁶³.

Peraltro, nella sua prima formulazione l'art. 46 VwVfG, messi da parte gli atti qualificati come nulli da un'altra disposizione, aveva stabilito che non si potesse chiedere l'annullamento di un atto amministrativo per il solo fatto che violasse disposizioni riguardanti il procedimento, la forma o la competenza territoriale "se nel caso non si poteva prendere nessun'altra decisione". Ma successivamente (nel 1996) il testo è stato modificato, escludendosi l'annullabilità per i vizi in questione "quando sia palese, che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione"⁶⁴. La nuova disciplina, che ha positivamente ampliato l'ambito di esclusione dell'annullabilità degli atti amministrativi per vizi formali, si ritiene aver in sostanza codificato gli esiti di una giurisprudenza che, partita dall'applicazione iniziale della disposizione soltanto ad atti amministrativi vincolati, ne ha poi fatto uso anche quando ci si doveva riferire a concetti giuridici indeterminati implicanti ambiti di giudizio nonché in ipotesi di discrezionalità assente in concreto⁶⁵. Nella dottrina molte sono le critiche

⁶¹ V. E. Follieri, *op. cit.*, 625; D. Corletto, *op. cit.*, 72

⁶² Nel senso che la nuova normativa priverebbe di tutela una certa categoria di interessi legittimi v. G. Bergonzini, *op. cit.*, 255 ss.

⁶³ Cfr. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1992, nella traduzione di M. Fromont, *Droit Administratif Allemand*, Paris, 1994, 270.

⁶⁴ «wenn offensichtlich ist dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat»

⁶⁵ Cfr. D.-U. Galetta, *Commento introduttivo*, in D.-U. Galetta (a cura di), *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*. Traduzione con

mosse tanto alla vecchia che alla nuova disciplina, accusate di vanificare le garanzie procedurali, per di più con l'obiettivo di una riduzione dei tempi dei processi che però potrebbe non essere raggiunto data la difficoltà di stabilire quand'è che sia palese che il vizio formale non abbia avuto alcuna efficienza causale sulla decisione dell'amministrazione.

Come si vede, il nostro art. 21-*octies* ha adottato una formulazione che presenta indubitabili analogie con quella originaria della legge tedesca. Peraltro, nella formulazione italiana ci si è evidentemente preoccupati di aggiungere precisazioni tali da impedire quell'ampliamento del suo ambito verificatosi in Germania, fino al punto da riprendere dal testo tedesco riformato quell'aggettivo "palese" che ha una funzione assai pregnante nella legge tedesca riformata mentre potrebbe essere considerato superfluo nel nostro contesto.

La specificità dei vizi formali emerge anche in altri ordinamenti nazionali europei.

Nella esperienza francese⁶⁶, che in riflessioni dottrinarie risalenti⁶⁷ riconduce ad un unico vizio di forma le violazioni delle leggi attinenti al *negotium* e quelle attinenti all'*instrumentum*, sono note le distinzioni correnti tra legalità esterna (competenza, procedura e forma) e legalità interna dell'atto (scopo, condizioni e contenuto) nonché, a proposito dei vizi di forma e di procedura, tra forme sostanziali e non sostanziali, (che sarà del resto ripresa dal diritto comunitario: art. 230, c. 2, TCE). Peraltro, la violazione dei requisiti formali di quest'ultima categoria, che non causa l'annullamento dell'atto da parte del giudice, ha un ambito assai limitato, mentre analogamente non invalidanti sono i vizi di forma che non impediscono il raggiungimento dell'obiettivo in vista del quale la forma era prescritta, al pari delle ipotesi in cui è impossibile rispettare una certa formalità (perché ad esempio l'organo consultivo non pronuncia il parere richiesto) o comunque l'omissione è giustificata da circostanze eccezionali.

Più rilevante è piuttosto il criterio c. d. dei *moyens inopérants*, cioè dei vizi senza effetto, sulla cui base si esclude l'annullamento dell'atto ove i vizi che lo riguardano non possano avere alcun effetto sul suo contenuto, ovvero quando si dia risposta negativa alla domanda: «*la forme dont l'accomplissement a été irrégulier ou omis, aurait-elle pu changer la décision finale?*». Tale criterio, peraltro, trova applicazione

testo a fronte e commento introduttivo, Milano 2002; Id., *Giudice amministrativo e vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004, 96 ss.; Id., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano 2003, 19 ss.

⁶⁶ Per la quale v. W. Gasparri, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in , da dove sono tratte anche le indicazioni seguenti del testo quando non diversamente precisato.

⁶⁷ Da E. Laferrière, *Traité de Jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Lavault, 1896, p. 250, a G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, III éd., Paris, M. Giard, 1926, p. 276, a M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, XII éd., Paris, Sirey, 1921, p. 453.

esclusivamente nei casi di *compétence liée*, cioè di attività vincolata, da intendersi nel senso che l'amministrazione è tenuta a prendere un provvedimento determinato in presenza di presupposti la cui presenza dev'essere semplicemente constatata e che dunque non richiedono l'esercizio di alcun potere di valutazione. D'altra parte, però, a tale si ricorre in presenza di qualsiasi vizio formale, anche il più grave, quale, per esempio, la violazione del diritto alla difesa dell'interessato⁶⁸.

Un ampio dibattito sull'argomento dei vizi formali ha avuto ed ha ancora luogo anche in Spagna⁶⁹, ove l'articolo 63 della Legge sul procedimento amministrativo (LRJPAC) 30/1992, del resto replicando una disposizione già presente nella legge sul procedimento del 1958, dispone che «*son anulables los actos de la Administracion Publica que incurran en cualquier infraccion del ordenamiento juridico, incluso la desviacion de poder. - No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*».

Si discute su cosa debba intendersi per “difetto di forma” (vi sono compresi anche vizi procedurali?) e su quale sia il fine che deve essere raggiunto per evitare l'annullabilità dell'atto (quello dell'adempimento formale o quello dell'atto?), anche in relazione agli effetti dell'accoglimento del ricorso per vizi formali ed al profilo della responsabilità della pubblica amministrazione. Si contrappongono orientamenti diversi. Da un lato, si tende a minimizzare la rilevanza dei vizi formali, anche osservando che non potrebbe parlarsi di lesione del diritto di difesa se all'interessato sia consentito di utilizzare in sede di ricorso amministrativo e giurisdizionale tutti gli elementi con i quali avrebbe potuto influenzare la decisione della pubblica amministrazione. L'orientamento opposto fa riferimento invece, almeno per alcuni casi (espropriazioni e procedimenti sanzionatori) ad un diritto “alla forma” che sarebbe leso ogniqualvolta l'obiettivo cui sono preordinati gli adempimenti formali non sia conseguito, anche tenendo conto della disposizione (art. 101 LRJPAC) che fa in sostanza corrispondere a una via di fatto l'attività amministrativa che non rispetti il procedimento previsto dalla legge.

Nel dibattito svoltosi nel periodo di elaborazione delle nuove norme italiane sono stati trascurati i riferimenti agli ordinamenti di *common law*, cui conviene invece pure far cenno.

⁶⁸ Cfr. J.-M. Woehrling, *Il giudice amministrativo e la regolarizzazione degli atti amministrativi viziati da illegittimità*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali cit.*, 23 ss.

⁶⁹ V. R. Briani, *I vizi formali dell'atto amministrativo in Spagna*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, n. 2.

In Inghilterra⁷⁰, ai vizi procedurali si può fare complessivamente riferimento con l'espressione *procedural impropriety*⁷¹ che comprende la violazione tanto di eventuali prescrizioni legislative tanto dei rilevanti principi di *common law*.

Quando ai primi, è da ricordare che il mancato rispetto di *statutory conditions* porta all'annullamento dell'atto in sede di *judicial review*. Tuttavia non sempre i requisiti procedurali previsti da una legge sono interpretati come *mandatory conditions*, potendosi invece ritenerli *directory* e dunque tali da non provocare necessariamente l'invalidità dell'atto⁷². In proposito, si è anche fatto notare che l'impegno nella ricerca di questa non facile distinzione non deve distrarre dalla questione più importante, cioè quella di capire quali conseguenze il legislatore intendeva che derivassero dall'eventuale mancato rispetto di *mandatory requirements*, considerando che i requisiti procedurali sono posti "*to further the interests of justice*", così che è necessario esser cauti nel trarre conseguenze che siano in contrasto con tali interessi⁷³.

Quanto ai principi di *common law*, oltre alla necessità che l'organo decidente non si trovi in situazione di conflitto di interessi, con il conseguente pericolo di *biased decisions*, la *fairness* procedurale impone oggi, in primo luogo, il rispetto del *right to a fair hearing*⁷⁴ (che sottintende i diversi adempimenti procedurali che ne condizionano la realizzazione, a cominciare dalla informazione tempestiva circa la data dell'udienza e via dicendo). Malgrado che il principio di *natural justice* sia fatto risalire alla notte dei tempi, il punto di partenza dei suoi sviluppi contemporanei è costituito, quanto al suo ambito, dalla sentenza sul caso *Ridge v. Baldwin* del 1963⁷⁵. Oggi, il *duty to act fairly* è affermato non più

⁷⁰ Per una esauriente trattazione dei diversi aspetti della *procedural fairness*, v. De Smith, Woolf &

Jowell's, *Principles of judicial review*, London 1999, 245 ss.

⁷¹ Una delle tre categorie (*illegality* e *irrationality*, le altre due) nelle quali, secondo Lord Diplock (nel 1985, in attesa che fosse accolta la categoria della *proportionality*), potevano essere riuniti i diversi vizi cui fino ad allora faceva riferimento la giurisprudenza inglese (*CCSU v. Minister for Civil Service* [1985] AC 37).

⁷² V., in questo senso, l'opinione espressa da Lord Diplock in *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, 275-6

⁷³ V. ancora Lord Diplock, in *R. v. Immigration Appeal Tribunal, ex p. Jeyanthan*, [2000] 1 WLR 354, 358, e, più di recente, *R. v. Soneji* [2006] 1 AC 340

⁷⁴ Che, peraltro, non deve sempre necessariamente consistere in una udienza orale, potendo in certi casi considerarsi sufficiente la possibilità di presentare memorie scritte.

⁷⁵ [1963] 2 W.L.R. 935; [1964] AC 40. In origine il principio di *natural justice* si applicava alle funzioni svolte dai giudici, tra le quali erano peraltro comprese anche quelle dei *justices of the peace*, i quali, a livello locale, svolgevano con le stesse procedure funzioni giudiziali ma anche amministrative (quali la cura delle strade e il rilascio di talune autorizzazioni). Una volta trasferite a degli organismi amministrativi (quali i *Boards of Works*), per queste ultime funzioni, ma solo per queste, continuarono ad essere applicati i principi di *natural justice*. Ma in occasione di una vicenda nella quale un *Board of Works* aveva fatto demolire, senza che fosse stato dato nessun preavviso, e quindi senza ascoltare le ragioni del costruttore, una costruzione realizzata senza i prescritti permessi, con la giustificazione che la funzione esercitata era amministrativa e non giudiziale, i giudici affermarono che dovevano essere equiparate a

solo per l'attività amministrativa che abbia connotazioni giustiziali né solo quando un atto amministrativo incida sia sulla libertà o sulla proprietà ma anche se riguarda una situazione giuridica costituita, o che dovrà essere costituita, da un atto dell'amministrazione (*privilege*) e comunque se tocca una *legitimate expectation*⁷⁶.

In principio, la violazione del dovere di *procedural fairness* produce non l'annullabilità ma la nullità dell'atto (*voidness*)⁷⁷, senza dunque che sia necessario richiederne l'annullamento mediante il procedimento di *judicial review* (nel quale la concessione del rimedio richiesto è discrezionale), essendo sufficiente un'azione di *declaration*.

Gli sviluppi riguardano però anche le conseguenze della violazione della *fairness*. Accanto alla rigida affermazione che non è necessario domandarsi se essa abbia potuto provocare pregiudizi a chi l'abbia subita, essendone sufficiente il rischio⁷⁸ o che la *natural justice* non riguarda sempre o del tutto la sostanza della *fairness* ma ha a che fare anche con l'apparenza⁷⁹ se non si vuole minare la pubblica fiducia nella correttezza delle decisioni, si manifesta anche un orientamento ben diverso, quando i giudici sembrano disposti a rischiare di entrare a conoscere il merito del caso⁸⁰ e ad escludere che una decisione possa essere annullata⁸¹ se giungono alla conclusione che è sostanzialmente corretta e che l'interessato non avrebbe potuto avere benefici sostanziali se fossero state seguite le procedure corrette⁸² o, più rigorosamente, che non avrebbe potuto essere diversa⁸³.

Alla *procedural fairness* appartiene anche l'obbligo *to give reasons*, quando ne è riconosciuta l'esistenza⁸⁴, cosa che, però, salvo espressa disposizione in tal senso, avviene in generale soltanto per le decisioni giudiziali o quasi-giudiziali, come sono per esempio quelle degli

quelle storicamente definite giudiziali e non amministrative, agli effetti del rispetto di una procedura che garantisca il diritto di essere ascoltati, le attività che privavano qualcuno di *property rights* (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863) 14 C.B. (N.S.) 180).

⁷⁶ V. *The Right to be Heard before administrative tribunals and judges*, in *Association des Conseils d'État et des Jurisdictions administratives suprêmes de l'Union Européenne (a.i.s.b.l.)*, UK National Report, 9^e Colloque, Dublin 1984 (reperibile in internet).

⁷⁷ Come fu affermato proprio in *Ridge v. Baldwin*, cit.

⁷⁸ Cfr. Lord Denning, in *Kanda v. Government of Malaya* [1962] A.C. 322, 327.

⁷⁹ V. Staughton L. J. in *R. v. Ealing Magistrates' Court, ex parte Finneran* [1996] 8 Admin. L.R. 351, 358.

⁸⁰ In contrasto con la tradizionale assoluta deferenza nei confronti della discrezionalità amministrativa.

⁸¹ In proposito non è indifferente la circostanza che in sede di *judicial review* la concessione dei rimedi richiesti è discrezionale.

⁸² V., per es.: *Glynn v. Keele University* [1971] 1 W.L.R. 187. Ma un'analoga impostazione può vedersi già in *Byrne v. Kinematograph Renters Society Ltd.* [1958] 1 W.L.R. 762, 785

⁸³ V. per es., *Leighton and Newman Car Sales Ltd. v. Sec. of St. for the Environment* [1973] 1 W.L.R. 1083, 1095-6.

⁸⁴ V.: *R v. Sec. of St. for the HD, ex parte Doody* [1993] 3 All ER 92 [1994] 1 AC 531.

*Administrative Tribunals*⁸⁵. Invero, all'inizio degli anni 90 del secolo scorso un giudice ebbe a dichiarare che anche il *duty to give reasons* è parte del *duty to act fairly* nei confronti dei destinatari di provvedimenti con effetti svantaggiosi⁸⁶, ma ancor oggi non si può dire che sia affermato un principio generale di motivazione degli atti amministrativi⁸⁷.

In ogni caso, pur quando si riconosce esistente l'obbligo di motivare e accertata la sua violazione, il rimedio è normalmente⁸⁸ costituito dall'ordine all'amministrazione di fornire la motivazione all'interessato o di produrla in giudizio, data la scarsa propensione delle Corti di considerare eliminabile una *reasoned decision* sol perché sia stato violato l'obbligo *to give reasons*⁸⁹.

Più interessante appare, invero, l'esperienza americana, ove la tradizione di *common law* vive in un ordinamento connotato dalla preminenza di una Costituzione scritta nel cui *Bill of Rights* sono contenute le disposizioni che vietano alla Federazione ed agli Stati che una persona sia *deprived of life, liberty, or property, without due process of law*⁹⁰. Si tratta di una clausola che ha una importanza centrale nella Costituzione americana, in primo luogo, perché la giurisprudenza le ha attribuito un significato non solo *procedural* ma anche *substantive*, nel senso che ne ha desunto un precetto che dal procedimento si estende ai risultati⁹¹. Comunque, quanto alla valenza procedurale, interessa soprattutto stabilire in cosa consista il procedimento "*due*" e quando esso debba essere rispettato, cioè quali beni debbono considerarsi garantiti attraverso di esso quando li si indica come "*life, liberty, or property*"⁹².

⁸⁵ Per le cui decisioni è stato espressamente affermato nel 1971 dalla s. 12(2) del *Tribunal and Inquiries Act*.

⁸⁶ Sir Louis-Blom Cooper in *R. v. Lambeth L.B.C., ex Parte Walters* [1993] 23 H.L.R. 170

⁸⁷ Per un efficace, anche se non aggiornatissimo, quadro della problematica v. A. Lindsay, *Reasons To Be Cheerful*, in *MLR*, vol. 55, 1994, 954.

⁸⁸ Ma non mancano casi in cui si è proceduto all'annullamento dell'atto: *R. v. Lambeth LBC, ex p. Walters*, [1993] 23 H.L.R. 170

⁸⁹ V., per es., *R. v. Universities Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 W.L.R. 257-258

⁹⁰ Il precetto, rivolto alla Federazione, fa parte del V Emendamento, ratificato nel 1791, ed è replicato con riferimento agli Stati, con il XIV emendamento ratificato nel 1868.

⁹¹ Si può ricordare che nel 1905 la Corte Suprema decise che lo Stato di New York non poteva porre un limite all'orario di lavoro settimanale dei lavoratori delle panetterie per ragioni di salute perché ciò costituiva una "*unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract*" da ritenere implicito nella *due process clause* del XIV emendamento (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)) e nel 1973 ritenne incostituzionale per violazione della medesima disposizione una legge dello Stato del Texas in materia di aborto stabilendo che nel primo trimestre di gravidanza è irragionevole che uno Stato limiti il diritto della donna di abortire, che nel secondo semestre è ragionevole che regoli l'aborto nell'interesse della salute della madre e che nel terzo trimestre ha un ragionevole interesse a proteggere il feto *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 167-169 (1973).

⁹² I termini della complessiva problematica sono chiaramente esposti da E. Gellhorn e R. M. Levin, *Administrative Law and Process*, 5th ed., St. Paul Mn, 2006, 200 ss.

Quanto all'oggetto della protezione, problematico era in particolare il significato nel quale doveva essere assunto il termine "property"⁹³ in un contesto nel quale gli interessi dei privati aventi origine nelle regolazioni e nelle prestazioni tipiche dello stato amministrativo e del benessere erano definiti, come del resto si è visto per l'Inghilterra, *privileges* o *benefits*⁹⁴ e contrapposti ai *rights* basati nel *common law*, così che le garanzie costituzionali della proprietà erano riconosciute ai secondi e non ai primi.

Negli anni 60 la contrapposizione si può dire, però, che sia stata risolta a livello teorico, per merito di un fondamentale saggio ben noto sulla "New Property"⁹⁵, mentre le prime avvisaglie del suo superamento anche da parte della Corte Suprema sono sfociate alla fine del decennio nella sentenza del caso *Goldberg v. Kelly*⁹⁶ con la quale si era affermato che a chi aveva titolo ad un sussidio pubblico previsto da un programma di *welfare* dovevano essere riconosciute le garanzie del *due process* prima della revoca del suo *entitlement*.

In tal modo, i casi in cui debbono essere assicurate le garanzie procedurali sono stati ampliati notevolmente e dunque si è posto il problema di quali garanzie procedurali debbano considerarsi "dovute", cioè se più o meno tutte quelle tipiche del processo giurisdizionale (quali i diritti di essere sentiti oralmente, di essere assistiti da un avvocato, di controinterrogare testimoni, ecc., che erano stati riconosciuti nel caso *Goldberg*) o altre più ristrette, soprattutto nel caso che la legge da cui traeva origine l'*entitlement* contenesse disposizioni in merito⁹⁷.

L'orientamento che ha finito per prevalere è nel senso che il precetto costituzionale non si limita ad assicurare che sia garantito il procedimento previsto dalla legge, venendo in gioco piuttosto il principio della *natural justice* e quindi l'esigenza che non sia violata la *fairness*, nel più ampio significato del termine, ma al contempo che le garanzie assicurate siano soltanto quelle da considerarsi adeguate in relazione alle specificità dei casi concreti. In un altro caso celebre degli anni 70 (*Mathews v. Eldridge*⁹⁸) la Corte suprema ha infatti richiesto che, per stabilire se la *due process clause* è stata rispettata, si considerino e si bilancino diversi fattori: "in primo luogo, l'interesse privato toccato dall'azione amministrativa; in secondo luogo, il rischio che il procedimento usato possa ledere tale interesse e la eventuale rilevanza di garanzie sostitutive o addizionali; infine, gli interessi dell'amministrazione, comprendendovi le funzioni e gli aggravii finanziari

⁹³ Per altro verso anche al concetto di *liberty* fu attribuito un significato ampio: v. E. Gellhorn e R. M. Levin, *op. cit.*, 210 ss.

⁹⁴ Su questa distinzione sia consentito rinviare al nostro: *Il problema degli interessi non-diritti da tutelare nell'Amministrative Law americano (linee di un dibattito in corso)*, in "Scritti per Mario Nigro", vol. II, Milano 1991, pp. 581-639.

⁹⁵ Di C. A. Reich, 73 *Yale L.J.* 733 (1964)

⁹⁶ 397 U.S. 254 (1970).

⁹⁷ V. A. T. Hyman, *The little word "due"*, 38 *Akron Law Rev.* 1 (2005) 1 *passim*.

⁹⁸ 424 U.S. 319 (1976), seguito da altri, come, per esempio, *Gilbert v. Homar*, 520 U.S. 924 (1997)

ed amministrativi implicati da queste garanzie sostitutive ed addizionali”⁹⁹. Così dalla “*due process revolution*” di *Goldberg* si è passati al “*process calculus*” di *Mathews*, per usare le espressioni di uno dei maggiori cultori della materia, il quale ha sottolineato la necessità che un simile bilanciamento non si risolva in una mera analisi costi-benefici di tipo economico ma tenga in conto adeguatamente i valori connessi al procedimento e la *individual dignity*¹⁰⁰.

7. le nuove norme e il principio di legalità

Ma in definitiva le nuove disposizioni italiane possono giudicarsi rispettose o no del principio di legalità?

a. la legge

Inutile dire che lo svolgimento di un’attività senza che sia rispettata una legge e senza che da ciò derivino tutte le conseguenze normalmente collegate ad una tale evenienza, è ammissibile soltanto a condizione di una previsione – autorizzazione da parte di un’altra legge. Inoltre, una legge che dia una simile autorizzazione non può non precisare a quali condizioni quest’ultima dev’essere subordinata.

Come ben sappiamo, l’esonazione dall’annullabilità per gli atti affetti da vizi formali, costituisce un’eccezione alla regola posta dall’art. 21-*octies*, c. 1, LPA, dell’annullabilità degli atti amministrativa adottati in violazione di legge, ma è un’eccezione prevista da una disposizione di legge, l’art. 21-*octies*, c. 2, il quale stabilisce anche le condizioni a cui l’esonazione è sottoposta.

Sotto questo profilo, dunque, il principio di legalità è rispettato; si potrebbe dubitare che lo fosse se la legge attribuisse al giudice il potere di stabilire liberamente quando l’altra legge possa non essere rispettata: ma, come visto, non sembra che le norme dell’art. 21-*octies*, c. 2, prevedano o consentano questo, attribuendo piuttosto al giudice soltanto il compito di verificare secondo le regole ordinarie di un processo la presenza delle condizioni previste dalla legge.

⁹⁹ Mentre nel caso *Goldberg* si era ritenuto necessario che all’interessato fosse garantito di esprimere oralmente il suo punto di vista, nel caso *Mathews* fu ritenuto sufficiente che potesse presentare una memoria scritta. La diversa conclusione fu giustificata osservando che nel primo caso era in gioco un sussidio che per l’interessato era propriamente vitale, mentre nel secondo caso si discuteva di un sostegno finanziario per disabili, i quali non sono necessariamente poveri e se lo sono potrebbero aver titolo ad altri tipi di sostegni pubblici.

¹⁰⁰ J. L. Mashaw, *The Supreme Court’s Due Process Calculus for Administrative Adjudication in Mathews v. Eldridge: Tree Factors in Search of a Theory of Value*, in *The University of Chicago L.R.*, vol. 44 n. 1 (Autumn, 1976), 28-59. Dello stesso autore v.: *Due Process in the Administrative State*, YUP, 1985.

b. il diritto comunitario

Ma la legge la cui presenza è reclamata dal principio di legalità deve a sua volta rispondere alle condizioni di legalità che la riguardano e dunque non può essere in contrasto con la Costituzione nonché (e anche perciò¹⁰¹) con il diritto comunitario, se ed in quanto si riferisca ad atti di amministrazione indiretta comunitaria¹⁰².

Considerando in primo luogo quest'ultimo profilo, basterà ricordare che quando i provvedimenti amministrativi costituiscono attuazione del diritto dell'UE, è questo il diritto che deve essere rispettato. A parte specifici atti comunitari che, in caso di contrasto con le nuove disposizioni italiane, porterebbero alla disapplicazione di queste ultime nei singoli casi, bisogna dunque domandarsi se non si ponga un problema di conformità a norme più generali o a principi del diritto comunitario.

A proposito di questi ultimi si può menzionare in primo luogo l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali (proclamata a Nizza nel 2000) che statuisce il "diritto ad una buona amministrazione" del quale fanno parte "il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio" nonché "l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni".

In attesa che la Carta acquisti una qualificazione giuridica certa - secondo quanto deliberato nella riunione del Consiglio Europeo di Bruxelles del 21-22 giugno 2007, dovrà avere lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁰³ - ci si deve intanto riferire alle disposizioni dei Trattati e alla giurisprudenza comunitaria.

Un obbligo di motivazione è previsto dall'art. 253 TCE per i regolamenti, le direttive e le decisioni adottati dal Consiglio, dalla Commissione o da ambedue le istituzioni congiuntamente. La giurisprudenza ha inizialmente indicato in generale il contenuto di quest'obbligo in termini del tutto simili al disposto dell'art. 3 LPA¹⁰⁴

¹⁰¹ Soprattutto dopo la nuova disposizione della Costituzione nazionale (art. 117, c. 1) che impone direttamente alla legislazione il rispetto dei "vincoli" che derivano da quell'ordinamento.

¹⁰² Malgrado la formulazione, sembra da considerarsi riferita esclusivamente all'attività di amministrazione indiretta comunitaria svolta dagli apparati nazionali la disposizione che nel 2005 il legislatore ha inserito nell'art. 1 LPA richiamando i principi dell'ordinamento comunitario (cfr. il nostro *Diritto delle amministrazioni* cit. 45). Ad ogni modo, ove la si ritenesse riferita anche all'amministrazione autonoma italiana, eventuali norme dettate dalla LPA che fossero in contrasto con i principi comunitari dovrebbero considerarsi prevalenti in quanto speciali.

¹⁰³ Il nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'UE, dovrà prevedere che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali (nella versione del 2004) «*which shall have the same legal value as the Treaties*».

¹⁰⁴ V. CGCE c.-24/62 (*Germania c. Commissione*): per motivare un provvedimento basta enunciare in modo anche sommario, ma chiaro e conferente, i principali punti di fatto e di diritto sui quali esso è basato e che servono a far comprendere il ragionamento che la commissione ha seguito.

precisando successivamente la necessità di adeguarlo in relazione ai diversi atti ed alle diverse esigenze cui si riferisce¹⁰⁵.

Quanto alla partecipazione al procedimento, se pure limitatamente a quelli che possono concludersi con provvedimenti lesivi per l'interessato, la giurisprudenza ha affermato essere un principio fondamentale, anche se non risultante da alcuna fonte scritta, il diritto di quest'ultimo di presentare tempestivamente le proprie difese¹⁰⁶.

D'altro lato, il sindacato da parte dei giudici comunitari, che può concludersi con l'annullamento dell'atto, riguarda anche la "violazione delle forme sostanziali" (art. 230, c. 2, TCE) e tra queste vengono ordinariamente fatte rientrare le violazioni delle forme procedurali e il difetto di motivazione.

Tuttavia, in relazione alle procedure la giurisprudenza giunge in concreto a soluzioni non lontane da quelle previste dalle nuove norme italiane quando afferma (in generale, anche se in occasione di un caso limite¹⁰⁷) che "il principio di diritto comunitario relativo al diritto di essere ascoltati non si applica in circostanze tali per cui un'audizione dell'interessato non potrebbe in alcun caso portare l'istituzione a rivedere la propria posizione", diversamente dal caso in cui l'autorità esercita un potere discrezionale di valutazione¹⁰⁸. Quanto all'obbligo di motivazione, talvolta lo ritiene assolto, nel contenzioso del personale, se l'interessato sia comunque in grado di comprendere dal contesto la portata di un provvedimento emanato nei suoi confronti¹⁰⁹, talaltra non riconosce l'interesse a denunciarne la violazione quando comunque l'amministrazione comunitaria non potrebbe che adottare una nuova decisione sostanzialmente identica a quella carente di motivazione¹¹⁰. Inoltre, la Corte di Giustizia esclude che l'obbligo posto dall'art. 253 del Trattato riguardi anche gli Stati membri: gli atti generali degli Stati non

¹⁰⁵ V.: in generale CGCE C-367/95 (*Commissione c. Sitaval*); con riferimento ai regolamenti CGCE C-5/67 (*Beus c. HZA Muenchen*), con riferimento alle decisioni T1°gr. T- 72/98 (*Astilleros Zamacona c. Commissione*)

¹⁰⁶ V. CGCE C-17/74 (*Transocean Marine Paint*); C-135/92 (*Fiskano*); C-32/95 (*Lisrestal*); C-462/98 (*Mediocurso*).

¹⁰⁷ Si trattava del ricorso contro misure prese in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU Tr1°gr T-315/01 (*Kadi*), n. 258. Ma si veda anche, a proposito della violazione dei termini di un procedimento disciplinare che non hanno effetti invalidanti se non abbiano impedito all'interessato di difendersi efficacemente né gli abbiano creato la legittima aspettativa che non gli sarebbe stata inflitta alcuna sanzione, C.G.C.E. sent. 27 novembre 2001, C-270/99 P (*Z. c. P.E.*). Ancora sulla rilevanza della violazione dei termini procedurali, C.G.C.E. sent 21 settembre 2006, C-113/04 (*Technische Unie BV c. Commissione*) in materia di politica della concorrenza. V. anche T1°gr., sz. II, 14 dicembre 2005, T-210/01 (*General Electric Company c. Commissione*) a proposito dell'accesso al fascicolo.

¹⁰⁸ Come nel caso relativo ad una controversia doganale relativa all'importazione di un'apparecchiatura tecnica decisa con la sentenza C-269/90 (*Technische Universität München*), n. 14.

¹⁰⁹ V. T- 236/02 (*Marcuccio c. Commissione*), punto 76 (con riferimento all'art. 25, c. 2, dello Statuto dei funzionari "che si limita a riprodurre l'obbligo generale enunciato dall'art. 253 TCE"), ed i precedenti ivi citati.

¹¹⁰ V. C- 117/81 (*Geist c. Commissione*).

sono soggetti all'obbligo di motivazione¹¹¹ mentre debbono essere motivati solo quelli individuali che incidono su diritti fondamentali, quale conseguenza del fatto che contro di essi deve essere assicurata la tutela giurisdizionale così che il contenuto dell'obbligo di motivazione è conformato in funzione di quest'ultima¹¹².

c. la Costituzione

Quanto, infine alla conformità alla Costituzione, occorre domandarsi se non la violi la riduzione dell'ambito dell'invalidità, cioè la parziale esclusione dell'annullabilità, del provvedimento amministrativo illegittimo, prevista dalle due proposizioni del secondo comma dell'art. 21-*octies* per le diverse ipotesi di illegittimità ivi contemplate.

A tal fine, è opportuno distinguere fra le due tipologie di vizi considerate, quelli derivanti da violazioni di leggi sul procedimento e quelli derivanti dalla violazione di leggi sulla forma.

A proposito di violazioni di leggi sul procedimento, ci si deve chiedere in primo luogo se le disposizioni in materia debbano considerarsi applicazione necessaria della Costituzione. Invero, la giurisprudenza della Corte costituzionale, dopo la emanazione della l. n. 241, ha teso a valorizzare quest'ultima, ma non tanto in quanto attuativa della Costituzione bensì soprattutto come metro di valutazione della ragionevolezza di discipline relative a procedimenti particolari¹¹³. Precedentemente, era stato preteso il rispetto del principio del contraddittorio ma nei soli casi di procedimenti affittivi e riferendosi all'art. 24 (in una sola pronuncia relativa ad una fattispecie verificatasi precedentemente ma successiva alla LPA aveva citato quasi *en passant* l'art. 97)¹¹⁴.

Comunque, anche assumendo un più solido radicamento costituzionale delle discipline procedurali - che potrebbe prevedersi riconosciuto in futuro anche dalla Corte, dopo che nella sent. n. 104/2006, se pure con riferimento non al procedimento di formazione di un atto¹¹⁵ ma alla sua comunicazione, ha parlato del principio di pubblicità di cui alla l. n. 241, come fondato su una pluralità di articoli della Costituzione

¹¹¹ V. CGCE C-70/95 (*Sodemare*), punto 19.

¹¹² V. CGCE C-222/86 (*Heylens*), punti 14-17, che richiede che il giudice adito possa richiedere all'autorità competente la comunicazione di tale motivazione e stabilisce l'obbligo dell'autorità di fare conoscere agli interessati i motivi della decisione, vuoi nella decisione stessa, vuoi in una comunicazione successiva effettuata su loro richiesta, obbligo che peraltro non concerne pareri o altri atti che intervengono nella fase preparatoria ed istruttoria.

¹¹³ Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, v. ampiamente, P. Lazzara, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. Della Cananea e M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli 2006, 387 ss.

¹¹⁴ Sentenza n. 126/1995.

¹¹⁵ Nel caso, del procedimento elettorale.

(97, 24 e 113) nonché sui “principi del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei” - c’è da domandarsi se ne deriverebbe necessariamente la conseguenza della incostituzionalità di una legge che escludesse l’annullabilità di un provvedimento che non avrebbe potuto essere legittimamente diverso, ferme restando le altre possibili conseguenze della illegittimità procedimentale (peraltro realisticamente, come si è visto, poco incisive).

In proposito, è in primo luogo da dubitare seriamente che possa ritenersi che la Costituzione attraverso la tutela giurisdizionale assicurata dall’art. 113 agli interessi legittimi intenda garantire l’intervento del giudice a tutela del diritto oggettivo e non dei legittimi interessi dei soggetti lesi. In secondo luogo, è comunque da tener presente anche il terzo comma dello stesso art. 113, Cost., che rimette alla legge non solo di determinare quali organi giurisdizionali possano annullare gli atti delle pubbliche amministrazioni, ma anche di prevedere in quali casi e con quali effetti e che dunque potrebbe in ogni caso essere interpretato anche come riconoscimento della non indefettibilità costituzionale della vanificazione di tutti gli atti illegittimi.

Vi è però da domandarsi se il legislatore possa decidere liberamente la non annullabilità di atti affetti da vizi procedimentali, anche se privi di vizi sostanziali, ricordando, da un lato, che la partecipazione procedimentale praticamente non è affatto irrilevante anche in relazione a provvedimenti vincolati¹¹⁶ e che, d’altro lato alla luce del diritto vivente, è pure tutt’altro che irrilevante per gli interessi dei privati coinvolti l’impossibilità della eliminazione dell’atto lesivo (come già più indietro osservato).

Sembra, allora, che la legittimità di una tale normativa possa in effetti dipendere dalla sua conformità all’esito di un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di efficienza dell’amministrazione pubblica (il costituzionale “buon andamento”) e gli interessi delle persone interessate, tenendo peraltro nella dovuta considerazione che gli interessi dei privati possono essere di diversa qualità e che alcuni di questi possono far pesare la bilancia dalla loro parte: in effetti resta vero anche oggi che “*die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit*”, come scriveva Jhering 130 anni or sono - restando da stabilire che cosa oggi rientri nel concetto di libertà e se e quali altri interessi ne costituiscano irrinunciabili garanzie. Ne potrebbe risultare che non solo per l’irrogazione di misure afflittive le garanzie procedurali sono irrinunciabili.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per i vizi di forma, con particolare riguardo alla motivazione (naturalmente solo nel senso

¹¹⁶ Da un lato, infatti, per esempio, il confronto in sede procedimentale fra interpretazioni diverse di una norma orientate da interessi diversi può contribuire in modo determinante ad individuare come preferibile un’interpretazione diversa dall’unica che potrebbe sembrare possibile a prima vista. Dall’altro lato, la mancanza di un confronto in sede procedimentale potrebbe indurre taluno a porre in sede giurisdizionale questioni che in sede procedimentale avrebbero potuto risultare in realtà non controverse.

formale che si è visto), della quale, nel ragionevole bilanciamento di cui sopra, andrebbe considerato non solo il rilievo per la effettività della tutela giurisdizionale (particolarmente importante nel caso dei provvedimenti discrezionali, ai quali del resto per questo aspetto le nuove norme del 2005 non si riferiscono) ma anche la funzione di strumento diretto a rendere agevole la comprensione del provvedimento da parte del cittadino specificamente interessato e pure la valenza sotto il profilo della trasparenza dell'amministrazione e quindi della *accountability* dei funzionari pubblici, almeno in relazione a certi atti¹¹⁷. Del resto, lo stesso legislatore che ha ridotto le conseguenze delle illegittimità per violazione dell'obbligo generale di motivazione, ha contestualmente statuito obblighi specifici di motivazione la cui violazione, come si è detto sopra, sembrano mantenere tutte le loro conseguenze invalidanti¹¹⁸.

¹¹⁷ Anche tenendo conto, da un lato, della competenza generale dei dirigenti ad assumere atti amministrativi e, dall'altro, della tendenza ad estendere l'obbligo di motivazione a categorie di atti per i quali tale obbligo non discende dalla LPA, visto il disposto dell'art. 13 di quest'ultima: v., per esempio, l'art. 54, c. 3, dello Statuto della Toscana, che recita "Tutti gli atti amministrativi regionali, salvo quelli meramente esecutivi, sono motivati". Sulle funzioni che si è ritenuto possano essere svolte dalla motivazione v. G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir, Aggiornamento*, vol. V, 2001, 785 ss.

¹¹⁸ Pur restando comunque condivisibile l'osservazione che l'annullamento non è sempre lo strumento più adatto, o per eccesso o per difetto, per tutelare gli interessi, pubblici e privati, che ispirano le norme procedurali e sulla forma e che andrebbero dunque previsti mezzi più idonei: v. M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, 415 ss.