



Gianluca Gardini

## **La nuova disciplina dei vizi dell'atto amministrativo**

Relazione all'incontro di studio su  
"L'azione amministrativa nel disegno di legge di revisione della L. 241/90"  
Pescara, 30 maggio 2003

Nel tentativo di sintetizzare un tema complesso come quello relativo alle innovazioni in tema di vizi dell'atto amministrativo racchiuse nel ddl n. 1281, cercherò di articolare l'esposizione in tre parti, volte ad evidenziare - rispettivamente - gli aspetti positivi della riforma, i possibili rischi e le incertezze a cui essa dà luogo e, infine, alcune conclusioni sulla nuova catalogazione delle patologie dell'atto amministrativo.

1) Partendo dagli aspetti positivi della riforma, mi pare anzitutto necessario segnalare l'utilità di integrare la disciplina procedimentale con quella sui vizi dell'atto amministrativo. L'elaborazione di questi ultimi finora risulta assolutamente trascurata dal legislatore e dagli studiosi, ed una codificazione chiara dei difetti che possono colpire l'atto amministrativo non può che essere guardata con favore da parte degli interpreti. In proposito, le indicazioni legislative concernenti i vizi dell'atto amministrativo sono assai succinte e risalenti: l'insieme delle disposizioni sul punto si esaurisce nei riferimenti normativi contenuti, in ordine cronologico, nell'art. 3 legge 5992/1889, nell'art. 26 T.U. del Consiglio di Stato, negli artt. 21 e 3 della legge istitutiva dei TAR. L'aspetto più evidente, a riguardo, è l'assenza di una definizione: queste disposizioni, come è stato opportunamente evidenziato, costituiscono solo «il punto di partenza o la cornice di un raffinato sistema di controllo, interamente costruito dalla giurisprudenza» (Mattarella).

La dottrina pubblicistica fa riferimento ai vizi come insieme di *anormalità* dell'atto amministrativo (Giannini). Si tratta di una categoria generalissima e indefinita, in cui trovano collocazione le patologie più varie, dagli scostamenti dal paradigma legale (vizi di legittimità) al mancato rispetto di canoni metagiuridici o di opportunità riguardanti l'agire amministrativo (vizi di merito), dalle cause di inesistenza (o nullità) a quelle di mera irregolarità.

In questo senso, il disegno di legge n. 1281 innova essenzialmente sotto due aspetti la tradizionale ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale delle “anormalità” dell’atto amministrativo: da un lato, sancisce per la prima volta l’esistenza del vizio di nullità quale categoria di carattere generale, riferita a qualsiasi atto amministrativo. Si assiste così ad una codificazione legislativa di questa particolare patologia dell’atto amministrativo, finora mancante, in cui la nullità perde la propria natura di vizio disposto per specifiche tipologie di atti o, in ogni caso, espressamente previsto dalla legge.

Dall’altro, il disegno di riforma punta ad una dequotazione dei vizi formali e procedurali dell’atto, potenziando la categoria dell’irregolarità. L’irregolarità è definita, generalmente, come vizio di minore importanza, come difformità di carattere minimale o marginale (si pensi, ad esempio, alla mancata indicazione della data, del numero di protocollo, dell’instestazione; alla sottoscrizione illeggibile; all’errore nella citazione di testi normativi; all’errore di calcolo; alla mancata indicazione del termine entro cui ricorrere).

Nella dottrina amministrativistica ha dominato tradizionalmente una visione di illegittimità di carattere logico-formale, in base alla quale l’esercizio del potere trova giustificazione solo nella legge. Nondimeno, solo pochi autori sono rimasti fermi nel sostenere che ogni violazione di norme giuridiche comporti l’illegittimità dell’atto (Guarino, 1983). Sin dalle prime teorizzazioni dei vizi dell’atto amministrativo, infatti, la dottrina ha sostenuto l’impossibilità di collocare sullo stesso piano tutte le difformità dal paradigma normativo, ritenendo che non possa aversi invalidità se non in relazione a vizi che colpiscono gli elementi essenziali dell’atto (Cammeo). In questa prospettiva, l’irregolarità (minimale) è divenuta espressione di flessibilità, configurandosi come reazione all’eccesso di formalismo. A partire dagli anni ’50, poi, si è assistito ad un netto incremento della figura dell’irregolarità (Romano Tassone, 1993), anche sulla base dell’insegnamento dei processual-civilisti. Tra i processualisti, in particolare Carnelutti introduce una distinzione fondamentale tra elementi necessari (invalidità) e elementi semplicemente utili dell’atto (irregolarità). Nel diritto processuale civile, pertanto, si è verificata una progressiva erosione del principio di tassatività delle norme procedurali ed una corrispondente funzionalizzazione degli atti processuali. L’irregolarità è divenuta la regola, non più l’eccezione.

In campo pubblicistico, la nota teorizzazione che porta ad assimilare le categorie del procedimento e del processo, in base alla tesi della omogeneità tra queste due forme funzionali (Benvenuti, 1952), ha in parte favorito l’applicazione delle regole processuali - in particolare dell’art. 156 c.p.c. - al procedimento amministrativo e all’atto amministrativo. I due ambiti tipici in cui questa applicazione si verifica sono il procedimento elettorale, da un lato; le procedure di

aggiudicazione, dall'altro. Su queste premesse concettuali si radica la tesi delle irregolarità non minimali (Morbidelli). In base ad essa, il criterio del raggiungimento dello scopo diviene l'elemento differenziale tra irregolarità ed invalidità.

Del tutto analogo ad esso è il principio della strumentalità delle forme, secondo cui, in relazione ad un determinato scopo, tutti i comportamenti risultano equivalenti. Con ciò, l'ascrizione dell'irregolarità non invalidante alla teorica della strumentalità delle forme sembra compiersi: anche se, va ricordato, una parte della dottrina non manca di evidenziare che irregolarità e raggiungimento dello scopo sono fenomeni intrinsecamente diversi: il primo esclude a priori l'invalidità dell'atto, mentre il secondo opera a posteriori, dopo che l'atto ha dispiegato i propri effetti (Romano Tassone, 1993).

Un altro argomento che ha favorito la progressiva espansione della figura dell'irregolarità deriva dalla concettualizzazione della cd. prova della *resistenza*. Basata su una logica non dissimile dal raggiungimento dello scopo, la prova della resistenza concerne il contenuto necessario del provvedimento rispetto al caso concreto, sintetizzando in questo modo il criterio valutativo sull'annullabilità degli atti: se la decisione non avrebbe potuto essere diversa da quella effettivamente assunta, allora l'atto amministrativo non può essere invalidato. Conclusione che, si badi, non significa necessariamente che lo scopo sia stato raggiunto, ma che non esistevano alternative decisionali praticabili.

A ben vedere questa tendenza alla dequotazione dei vizi formali non è circoscritta alla dimensione nazionale, ma è un fenomeno che si registra in molti ordinamenti. A livello comparato esistono alcuni modelli procedurali di riferimento, cui lo stesso legislatore italiano nel presentare il disegno di riforma in oggetto sembra volersi rifare: nell'ordinamento austriaco, ad esempio, l'annullamento è previsto solo per violazione di prescrizioni "la cui osservanza avrebbe potuto condurre l'autorità competente a formulare una decisione diversa"; in Germania, la legge generale sul procedimento amministrativo - specialmente nella versione originale, ossia prima della riforma del 1996 - non ammette l'annullamento quando "non sarebbe stato possibile adottare in concreto nessun'altra decisione". In Spagna, l'art. 63, comma 2 della LRJPAC prevede che "il difetto di forma determina l'annullabilità solo quando l'atto non possieda i requisiti formali indispensabili per raggiungere il proprio fine o dia luogo ad una violazione del principio di difesa degli interessati"; In Francia, dove non esiste una codificazione delle regole sul procedimento amministrativo, il Conseil d'État ha teorizzato da tempo il concetto di *formalités non substantielles*, ossia difetti che non invalidano l'atto amministrativo.

Alla base di quest'orientamento diffuso, cui sembra oggi ispirarsi anche il legislatore italiano, risiedono i principi di proporzionalità, ragionevolezza, buon andamento (economia e conservazione degli atti), i quali suggeriscono di evitare l'eliminazione giuridica – e i costi ad essa collegati - degli atti amministrativi colpiti da vizi non sostanziali, ossia non determinanti nella formazione del contenuto dispositivo.

2) Oltre ai vantaggi, tuttavia, la posizione “sostanzialista” racchiude in sé una serie di rischi sotto il profilo della tutela dell'interesse dei singoli e dell'interesse collettivo. In questo versante si riflette l'eterno scontro tra efficienza e garanzia, due valori costantemente in tensione nel nostro ordinamento.

Da un punto di vista generale, emergono alcuni interrogativi sotto il profilo concettuale. Anzitutto viene da domandarsi, in una prospettiva che valorizza il fine rispetto agli strumenti utilizzati per raggiungerlo, quale sia effettivamente lo scopo del provvedimento amministrativo. Come viene fatto notare da più di un autore, il fine dell'atto amministrativo è rappresentato dalla corretta sintesi degli interessi in gioco e dal perseguimento dell'interesse pubblico nel caso concreto. Tuttavia, il procedimento serve appunto a garantire la corretta considerazione degli interessi primari e secondari, ossia rappresenta la soluzione giuridica ideata assicurare la corretta applicazione della regola generale al caso concreto. In questo senso, come da tempo ha segnalato la migliore dottrina pubblicistica, il procedimento è forma necessaria della funzione (Benvenuti, 1950).

Il problema si pone anche da un punto di vista operativo, oltre che concettuale: viene infatti da domandarsi se sia possibile isolare lo scopo di un singolo atto dal quadro più ampio dell'azione svolta da un'amministrazione pubblica; ovvero, se il criterio del raggiungimento dello scopo, che consente il mantenimento in vita dell'atto amministrativo colpito da un vizio formale, possa giustificare *a contrario* l'invalidazione dell'atto conforme al paradigma normativo, ma intrinsecamente inadatto al raggiungimento dello scopo.

Ancora, occorre ricordare che il procedimento ha la funzione fondamentale di legittimare il decidente (Luhmann). Ne discende che, per assicurare questa funzione di legittimazione, il criterio “sostanziale” non risulterebbe adeguato nemmeno per gli atti a carattere vincolato.

Non sono minori gli interrogativi sollevati dal criterio dell'assenza di alternativa. Per applicare questo criterio, infatti, occorrerebbe ipotizzare che il giudice amministrativo abbia pieno ed autonomo accesso ai fatti. Diversamente, in mancanza di tale potere non può affermarsi che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da come è effettivamente

stato, dal momento che all'organo giudicante non è dato ricostruire *ex post* il rapporto effettivamente intercorso tra le parti. Ora, queste condizioni nel nostro ordinamento ancora non si sono realizzate, quantomeno in riferimento alla giurisdizione amministrativa di carattere generale che rimane ancora concentrata sull'atto, e non focalizzata sul rapporto tra le parti. Ciò, senza trascurare i rischi di incertezza che genera un giudizio formulato *ora per allora*, da parte di un organo giurisdizionale.

Altrettanto forti sono i dubbi che si pongono da un punto di vista specifico, ossia rispetto alla formulazione del ddl n. 1281.

In relazione alla nullità - oltre al fatto positivo, in sé, della codificazione di questo vizio - viene in luce il problema della tassatività dell'elenco. Non pare che l'elenco delle cause di nullità fissate all'art. 21-*quinquies* possa ritenersi una lista chiusa, che esaurisce le ipotesi di nullità. Diversamente, alcune delle cause di nullità sino ad oggi individuate dalla giurisprudenza rischierebbero di non essere prese in considerazione: si pensi, ad esempio, ai vizi legati all'incompetenza territoriale, non espressamente contemplati dal nuovo ddl n. 1281. Ovvero, alle ipotesi di cd. carenza di potere in concreto, delineate dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. O, ancora, si pensi al tema degli atti assunti in violazione del criterio di distinzione tra politica e amministrazione, per i quali sembra quantomeno discutibile che possa avanzarsi un difetto assoluto di attribuzione, laddove il vizio di incompetenza - in quanto tale - non risulta espressamente menzionato tra le cause di annullabilità previste all'art. 21-*sexies* del ddl in oggetto.

Ma l'incertezza più grave riguarda il concetto di "norme imperative di legge". Al di là delle difficoltà, da tempo segnalate, di importare questa categoria civilistica nel diritto pubblico, dove tradizionalmente tutte le norme si ritengono non disponibili e quindi imperative, credo che con questa definizione il legislatore intenda fare riferimento alle norme che incidono sul contenuto sostanziale dell'atto finale. Detto in altro modo, e utilizzando le parole dello stesso disegno di legge, le norme imperative sarebbero individuabili in base ad un criterio residuale, all'esito della sottrazione dall'insieme delle disposizioni sulla funzione delle "norme sul procedimento e sulla forma degli atti, che non abbiano un rilievo essenziale per la correttezza del procedimento" e del provvedimento finale (art. 21 *sexies*, comma 2). Anche così precisata, tuttavia, la nozione di norma imperativa non risulta definita nell'ambito pubblicistico; e tale instabilità, inevitabilmente, proietta vari rischi in ordine alla certezza del diritto.

Un altro aspetto saliente del disegno di legge riguarda la nuova perimetrazione dei vizi di legittimità. Oltre alla violazione delle norme imperative di legge, infatti, tra le cause che possono condurre ad una pronuncia di illegittimità dell'atto amministrativo compare solo il

vizio di eccesso di potere. Ora, a meno di non voler sussumere l'incompetenza (relativa) entro la violazione di norme imperative – cosa peraltro di dubbia ragionevolezza, dato il carattere formale che viene spesso associato al vizio di incompetenza relativa - sembrerebbe scomparire dalla lista delle cause di illegittimità il vizio di incompetenza relativa. In proposito viene anzitutto da chiedersi se la nozione di illegittimità sia una nozione disponibile per il legislatore ordinario e se una eventuale risposta affermativa a questo interrogativo non generi un contrasto con il disposto dell'art. 113 Cost.. A riguardo, un'autorevole dottrina ritiene che la latitudine dei vizi dell'atto sia ormai costituzionalizzata, e che sia sottratta alla competenza del legislatore ordinario la possibilità di incidere sull'elenco delle cause di illegittimità elaborate dalla tradizione giurisprudenziale e codificate dalla legislazione sul processo amministrativo (A. Romano).

Anche a voler prescindere dall'effetto legittimante che si cela dietro le norme relative alla competenza, occorre tenere ben ferma la rilevante funzione organizzativa svolta da esse. La dottrina più recente mostra con chiarezza che le norme sulla competenza riflettono –anzi preconizzano – le scelte dell'amministrazione sotto il profilo dell'attività, nel perseguimento dell'interesse pubblico (Pioggia). Non appare quindi coerente che soluzioni organizzative su cui si conformano importantissime scelte future concernenti la funzione manchino di una corrispondente rilevanza e sindacabilità esterna, da parte dei privati, attraverso il vizio di incompetenza.

Sempre in tema di incompetenza non è mancato chi, da un punto di vista pratico non meno importante di quello teorico, ha rilevato come sia difficile sostenere che l'elemento soggettivo risulti del tutto ininfluenza nella determinazione del contenuto della decisione: difficile negare, infatti, che la scelta può cambiare sostanzialmente a secondo del decisore che la assume (Romano Tassone, 2003).

3) Cercando di trarre alcune, parziali conclusioni da quanto sin qui rilevato, mi pare che si profilino numerosi rischi nel porre eccessiva enfasi sull'aspetto sostanziale dei vizi.

In primo luogo, si corre il pericolo di derubricare tutti i vizi procedurali; e, conseguentemente, di rendere irrilevante l'inosservanza di norme procedurali che soddisfano interessi sostanziali (ad es. obbligo di motivazione, comunicazione di avvio etc.). Il rischio, cioè, che la logica dell'efficientismo porti con sé un indebolimento del sistema delle garanzie per il singolo e per l'ordinamento.

Al pericolo collegato ad una dequotazione dei vizi formali di fronte al giudice amministrativo si somma anche l'effetto della novella al codice penale introdotta nel 1997, in

materia di reati contro la pubblica amministrazione. Questa novella porta ad una costruzione dell'abuso d'ufficio limitata alla sola "violazione di norme di legge o di regolamento" (art. 323 c.p.). In questo modo, davanti al giudice penale viene a scomparire l'abuso d'ufficio dovuto ad eccesso di potere: effetto che, cumulato alla riduzione dei vizi formali, crea il rischio di una progressiva (ed eccessiva) riduzione dell'area del sindacato sugli atti amministrativi.

In secondo luogo, si assiste al trasferimento di una quota di discrezionalità dall'amministrazione al giudice amministrativo, in particolare nella valutazione circa la necessità (*rectius*, non alternativa) della scelta posta in essere. Tale discrezionalità comporta una varietà decisionale molto ampia, difforme caso per caso, che rischia di dar vita ad una disciplina dei vizi estremamente asimmetrica sul territorio nazionale. A ciò si aggiunga che la recente riforma del titolo V della Costituzione apre la strada a scenari ancora imprecisati rispetto alla disciplina dell'attività amministrativa. Mancando negli elenchi dell'art. 117 Cost. una materia propriamente riferita al procedimento amministrativo, si intravede la prospettiva di una regolazione differenziata, diversa a seconda dei vari livelli di governo, di una parte delle regole sul procedimento amministrativo. Tra le parti del procedimento suscettibili di regolazione territorialmente differenziata potrebbe rientrare anche la disciplina dei vizi dell'atto, salvo considerare questo aspetto del procedimento amministrativo come interamente ricompreso nella riserva statale in materia di ordinamento processuale e giustizia amministrativa.

E' evidente che l'introduzione di tutti questi elementi di flessibilità (per non dire creatività) nell'ordinamento, se da un lato risponde a criteri di autonomia e differenziazione, dall'altro produce riflessi non indifferenti sul principio di certezza del diritto.

In terzo luogo, sembra potersi concludere che, sia per quanto riguarda la tutela del singolo che per quanto concerne il principio di certezza, migliori garanzie sono fornite dal criterio del raggiungimento dello scopo, rispetto a quello dell'assenza di alternativa. La strumentalità delle forme, infatti, assicura che quantomeno lo scopo specifico dell'atto – ancorché il concetto sia sfuggente e non facile da isolare - non sia disatteso.

In quarto luogo, resta il dubbio di fondo che un'eccessiva restrizione dell'area della legalità crei una insanabile tensione con i valori espressi dagli artt. 97 e 113 Cost., posti a presidio di un'amministrazione imparziale, responsabile e legittima. Secondo una autorevole dottrina, ancorché isolata, non esistono formalità inutili all'atto di valutare la legittimità dell'atto amministrativo (Guarino). Si tratta di una linea interpretativa rigorosa, che non concede sconti di nessun genere al principio di legalità: l'istituto stesso della irregolarità, in questa prospettiva, appare scarsamente compatibile con il principio di legalità e, consequenzialmente, ne viene invocata l'eliminazione (Casetta).

Come ultima osservazione, mi pare sia da condividere pienamente quella lettura che, a seguito dell'approccio sostanzialista, vede evaporare una parte della nozione tradizionale di interesse legittimo, quale interesse meramente riflesso alla legittimità dell'azione amministrativa (Morbidelli). Ora, questo effetto, a parere di chi scrive, non risulta sufficientemente meditato dalla riforma in atto.

In proposito, vengono in luce alcune problematiche collegate alla questione del risarcimento del danno per responsabilità da atti amministrativi illegittimi: si pensi, ad esempio, ad una recente pronuncia della Corte di Cassazione (sez. I civ., n. 157 del 2003) con cui si fissa il principio della risarcibilità dell'interesse legittimo che scaturisce (anche) dalla lesione di norme procedurali. Il *contatto* del cittadino con l'amministrazione - che dà vita ad ipotesi di responsabilità contrattuale prima ancora che aquiliana - risulta oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento dell'amministrazione, in virtù delle garanzie procedurali che operano come limite all'azione amministrativa. Ne discende che, anche laddove l'annullamento sia disposto per vizi formali e l'amministrazione possa riesercitare il potere emanando un atto formalmente corretto, si produce comunque la lesione di una posizione giuridica di vantaggio, che giustifica una pretesa di risarcimento (nel caso, in particolare, si trattava del mutamento del regime urbanistico di un suolo, avvenuto senza adeguata motivazione). In questo modo, la Cassazione viene a riconoscere come meritoria la pretesa al risarcimento del privato anche nelle ipotesi in cui per quest'ultimo non sia possibile dimostrare la spettanza dell'utilità finale. E' evidente che, in una prospettiva "sostanzialista", una simile conclusione andrebbe inevitabilmente ripensata, determinando un arretramento del sistema delle garanzie a favore del privato che, in giurisprudenza, sembra svilupparsi dinanzi a ritardi, inerzie, vizi procedurali imputabili all'amministrazione pubblica.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA.

- F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in Rass. dir. pubbl., 1950, p. 29
- F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1952, p. 118 e ss.
- E. Casetta, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com. 1999, p.689

- F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960
- F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.
- S. D'Antonio, *Alcune considerazioni in tema di irregolarità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.* 1998, I, p. 3251
- M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.
- G. Guarino, *Atti e poteri*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, p. 243
- F. Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. Pubblico*, 2000, p. 433
- M. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1991
- B. G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, p. 863
- G. Morbidelli, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 79
- A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.
- A. Romano, *Commento all'art. 26 TU Cons. Stato*, in *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001.
- A. Romano Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.
- A. Romano Tassone, *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario*, cit., p. 101
- P. M. Vipiana, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità e irregolarità*, Padova, 2003