



## **ASTRID**

ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE SULLA RIFORMA DELLE ISTITUZIONI DEMOCRATICHE  
E SULL'INNOVAZIONE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

### **Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione** (Roma 22 marzo 2002)

*Testo non definitivo*

*Prof. Giuseppe Morbidelli  
ordinario nell'Università "La Sapienza" di Roma*

#### **Invalidità e irregolarità**

##### **Sommario**

- 1) *Definizione corrente di irregolarità.*
- 2) *La irregolarità "minimale": origine e indicazioni giurisprudenziali.*
- 3) *La irregolarità per "ragionevolezza della non invalidità" e sua distinzione in tre sottocategorie.*
- 4) *I principi che fondano la irregolarità per "ragionevolezza della non invalidità" (o irregolarità "estesa" o non minimale) e connessa "dequotazione" della invalidità.*
- 5) *Significato della clausola del raggiungimento dello scopo.*
- 6) *Conferme da altri ordinamenti circa il raggiungimento dello scopo come criterio identificante le irregolarità.*
- 7) *Il d.d.l. governativo di modifica e integrazione della l. 241/1990 e differenze rispetto alla proposta 6844-A.*
- 8) *Esplorazione della clausola di risultato (o del provvedimento senza alternative).*
- 9) *Irregolarità e carenza di motivazione.*
- 10) *Irregolarità "estesa" e tutela giurisdizionale.*

\*\*\*\*\*

#### **1) Definizione corrente di irregolarità.**

La nozione di irregolarità ha una consolidata, se pur molto circoscritta, presenza nella nostra manualistica. Solo un autore, a quanto consta, la esclude, asserendo, e molto decisamente - che tutte le norme attinenti ai poteri amministrativi sono vincolanti e lo sono in pari grado: ogni loro violazione, quale ne sia il tipo, darebbe luogo ad illegittimità <sup>1</sup>. Tutti gli altri autori definiscono irregolare la situazione del provvedimento che pur difforme dalle previsioni di legge e di regolamento, non è invalido perché tale difformità ha carattere minimale, o tenue, o minore <sup>2</sup>, o di poca rilevanza <sup>3</sup>, o innocua <sup>4</sup>, o lieve <sup>5</sup>. Il provvedimento ha cioè carenze così marginali da non

determinarne effetti invalidanti; al più determina conseguenze sfavorevoli nei confronti della persona fisica responsabile di tali carenze <sup>6</sup>. Gli atti affetti da irregolarità possono (non debbono) essere oggetto di rettifica o di correzione: ma si tratta di interventi “estetici” <sup>7</sup>, nel senso che non sono essi che concernono la validità che è invece presente *ab initio*.

Come si può rilevare, la dottrina è pressoché concorde nello stabilire lo *status* dell'atto irregolare: si tratta sì di atto difettoso, ma a tale difetto “l'ordinamento non collega né la inefficacia né la caducabilità, ma soltanto, eventualmente, delle sanzioni a carico dell'agente che l'abbia posto in essere, o altre conseguenze non incidenti sull'atto, che non viene così ad essere invalido” <sup>8</sup>. Non è quindi una patologia <sup>9</sup>, ma una modesta anomalia non ascrivibile alla categoria dell'invalidità. Si tratta del resto di una figura non estranea al diritto privato, che ravvisa l'irregolarità in analoghe ipotesi, in cui al difetto dell'atto non consegue alcuna invalidità né inefficacia, ma al più delle sanzioni verso l'autore dell'atto <sup>10</sup>.

Le ipotesi di irregolarità non sono tipizzate dalla legge, ma sono un prodotto della prassi <sup>11</sup>. Ed infatti la dottrina non dà una definizione di carenze minimali, ma individua la minimalità attraverso le esemplificazioni: la mancata apposizione nell'atto dell'intestazione; la mancata lettura, da parte dell'ufficiale di stato civile che procede alla celebrazione di un matrimonio, delle norme indicate nell'art. 107 c.c.; la mancata indicazione della data o del numero di protocollo; la mancata indicazione della delega sulla base della quale si opera; la sottoscrizione indecifrabile, quando è possibile risalire sulla base di riscontri oggettivi all'autore del segno grafico; l'errore nella citazione dei testi normativi o nell'indicazione degli atti preparatori; la mancata menzione di un parere pur intervenuto; l'inesatta indicazione dei membri di un organo collegiale o dei loro nomi o dei presenti o degli assenti; l'errore nell'indicazione dell'oggetto, comunque individuabile; errori materiali di calcolo o di indicazione di altro provvedimento; la mancata indicazione del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere contro il provvedimento.

\*\*\*\*\*

## 2) La irregolarità “minimale”: origine e indicazioni giurisprudenziali.

Le definizioni di “irregolarità” e le esemplificazioni non sono altro che la messa in bella copia di un ormai risalente indirizzo giurisprudenziale, che tende a “deprezzare” le discrasie tra atti e norme, quando si ha a che fare con carenze meramente esterne. Tanto per ricordare le prime e più significative decisioni. “Non qualsiasi più lieve irregolarità formale di un atto amministrativo può costituire illegittimità ai fini dell'annullamento, ma solo quelle che abbiano una qualche correlazione o un'influenza sul procedimento logico e determinativo che a quel provvedimento ha portato: siano cioè, in altri termini, rilevanti” <sup>12</sup>. Così, ad es., la non menzione dell'avvenuta concessione di una necessaria autorizzazione ministeriale non è motivo di illegittimità dell'atto, quando risulti che l'autorizzazione effettivamente fu data <sup>13</sup>. E ancora: la omissione nella deliberazione di dismissione per compiuto periodo di prova del parere della Commissione consultiva, previsto dal regolamento locale, non è causa di illegittimità quando sia comprovato che la Commissione stessa fu in realtà sentita <sup>14</sup>. Tale indirizzo nasce da una reazione di ragione all'eccesso di formalismo <sup>15</sup>. Si tratta tuttavia di ipotesi da ricondurre alla categoria definibile “irregolarità per minimalità che - come è stato ricostruito da ROMANO TASSONE nella sua monografia <sup>16</sup> - fu elaborata dalla giurisprudenza degli anni 20 e 30, e fu un chiaro progresso rispetto all'opinione tradizionale, che si fondava sulla assiomatica equazione “violazione di norme regolanti l'attività amministrativa” = “invalidità”, talché ogni pur minima discrasia dalla normativa si traduceva in una invalidità: e non a caso contro tale lettura eccessivamente rigorista si era levata la autorevolissima voce di Cammeo <sup>17</sup>.

La irregolarità per minimalità ha due ordini di giustificazioni (ciascuna però autosufficiente) che fanno da antidoto alla equazione sopra evocata. La prima è il principio di proporzionalità (anche se tale nozione non viene espressamente richiamata) e di converso l'avversione all'abuso di formalismo: la sanzione della invalidità sarebbe eccessiva, anzi abnorme a fronte della mancata indicazione di elementi del tutto secondari o ininfluenti. La seconda è che trattasi di anomalie comunque superabili, attraverso una lettura sistematica dei documenti, applicando cioè i principi di

interpretazione complessiva delle clausole (art. 1362 c.c), di buona fede (art. 1366 c.c.), di correttezza (art. 1367 c.c.). In questo secondo caso, a guardar bene, la irregolarità è solo apparente.

\*\*\*\*\*

### **3) La irregolarità per “ragionevolezza della non invalidità” e sua distinzione in tre sottocategorie.**

La comune vulgata, quale si esprime nei manuali (con eccezione di alcuni recentissimi lavori <sup>18</sup>, oltre che di M.S. GIANNINI), non tiene però conto di altre e ben più incisive espressioni di irregolarità emerse molto più di recente, e che potremmo definire irregolarità per “ragionevolezza della non invalidità” (e del resto la giurisprudenza fonda sovente la irregolarità e dunque la non invalidità di determinati atti sul “principio di ragione”, quale ad es. quello della strumentalità delle forme, secondo cui è il raggiungimento o meno dello scopo il criterio differenziale tra irregolarità e d invalidità dell’atto). Anche qui siamo di fronte ad elaborazioni della giurisprudenza. Per mere esigenze di ordine (perché, in definitiva, sono tutte sussumibili entro una sola categoria, quella delle anomalie non influenti sul raggiungimento dello scopo), possiamo ravvisare tre ipotesi di irregolarità non minimali (o “estese”).

**I) Le anomalie che non impediscono il raggiungimento o meno dello scopo**. Di ciò viene fatta sovente applicazione nei procedimenti elettorali. dove è più percepibile la *ratio* delle operazioni, e dove è assente qualunque discrezionalità: si ritiene che costituiscono cause di nullità (oltre ai casi espressamente sanzionati dal legislatore) le anomalie, rispetto allo schema normativo, che impediscono la formazione e l’accertamento, in modo pieno e corretto, della volontà popolare (scopo al quale ogni adempimento procedurale è preordinato) <sup>19</sup>. Così, sulla scorta del criterio per cui il raggiungimento dello scopo è il criterio differenziale tra irregolarità ed invalidità dell’atto, sono causa di invalidità soltanto quelle anomalie procedurali che impediscono il raggiungimento dello scopo al quale l’atto stesso è preordinato <sup>20</sup>. Di conseguenza non possono comportare l’annullamento delle operazioni elettorali quelle difformità dallo schema normativo da cui non deriva alcun pregiudizio di livello garantistico, né nocimento o compressione alla libera espressione del voto <sup>21</sup>: si è ritenuto - ad esempio - che se il verbale è stato sottoscritto da tutti i componenti dell’ufficio, non sussiste alcuna nullità quando essi non hanno siglato o firmato tutte le pagine di cui è composto il verbale stesso. E ancora dalla affermata violazione dei principi della continuità, della pubblicità e della non revisionabilità delle operazioni elettorali non deriva di per sé, automaticamente, la nullità delle operazioni elettorali stesse, ove non si dimostri che le dedotte infrazioni abbiano in qualche modo influito sul procedimento, impedendo allo stesso di pervenire in maniera legittima al suo scopo naturale che è costituito dalla raccolta e dallo scrutinio dei voti <sup>22</sup>.

Il principio del raggiungimento dello scopo ha trovato di recente continua e variegata applicazione in tema di avvio del procedimento. Ad es., si è affermato (se pur la giurisprudenza non è consolidata) che “le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo di cui agli artt. 7 e segg. l. 7 agosto 1990 n. 241 non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente, nel senso che sia da annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, ma vanno interpretate nel senso che sono ugualmente legittimi i procedimenti nei quali è stato comunque raggiunto lo scopo cui la comunicazione tende. Difatti, in caso contrario, si verificherebbe un’inutile ripetizione di attività” (nella specie, l’interessato aveva esposto dettagliatamente le proprie ragioni nel ricorso avverso un provvedimento annullato, al quale è seguito il provvedimento di rinnovazione <sup>23</sup>). “Se lo scopo è stato raggiunto in qualunque modo, la comunicazione s’appalesa superflua e si riespandono i principi di economicità e di speditezza dell’azione amministrativa, di cui all’art. 1 l. 241/1990” (nella specie, l’interessato, dipendente comunale, aveva inviato al sindaco una missiva con cui dimostrava d’averne specifica contezza del provvedimento da adottare e, del resto, aveva fatto pervenire le proprie ragioni in contrario avviso) <sup>24</sup>. E ancora: la comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 8, non deve essere fatta qualora lo scopo della partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo è comunque altrimenti raggiunto <sup>25</sup>.

**II) Le anomalie che non producono lesioni degli interessi sostanziali.** Quando la legge o le altre fonti normative disciplinano il procedimento per l’emanazione di un certo provvedimento, le

violazioni delle norme procedimentali, in tanto producono l'illegittimità del provvedimento finale in quanto producano lesione degli interessi sostanziali, alla tutela dei quali la disciplina del procedimento e del provvedimento è preordinata<sup>26</sup>. Ciò inerisce al principio generale "in cui si compendia l'idea della necessaria salvezza di atti che, pur difformi dal dato normativo, non ne abbiano tuttavia compromesso i valori"<sup>27</sup>.

Di ciò viene fatta sovente applicazione in materia di formazione della validità degli organi collegiali (anche se trattasi di una clausola dotata di ampia valenza): la irregolarità della convocazione di un organo collegiale può ritenersi sanata ove alla seduta siano intervenuti tutti gli aventi diritto ed essi non abbiano sollevato obiezioni sugli argomenti da discutere (in tal caso, peraltro, si fa anche applicazione analogica dell'art. 2366, comma 3°, c.c.); oppure si ravvisa una irregolarità nel mancato invio dell'ordine del giorno quando i componenti del Co.Re.Co. esercitano i propri poteri senza nulla rilevare in ordine al rispetto delle loro prerogative.

**III) Le ipotesi in cui l'adempimento, pur previsto dalla legge, sarebbe inutile**. Anche qui indicazioni provengono dalla tematica sulla comunicazione di avvio del procedimento.

In proposito vi sono decisioni in cui si afferma la superfluità della comunicazione di avvio del procedimento, in quanto l'interessato non avrebbe potuto in alcun modo influire sul contenuto del procedimento o addurre fatti o argomenti in proprio favore<sup>28</sup>: "L'obbligo d'avviso di inizio del procedimento di revoca del precedente provvedimento, è subordinato alla condizione che dalla comunicazione possa conseguire, attraverso la partecipazione del privato al relativo procedimento, una qualche utilità all'azione amministrativa sotto forma d'arricchimento del contenuto conoscitivo delle fonti di prova o di diverse prospettazioni degli interessi coinvolti"<sup>29</sup>.

Da ultimo, una elaborata sentenza del Consiglio di Stato<sup>30</sup>, dopo aver fatto il punto sulle varie tesi emerse in giurisprudenza circa l'art. 7 l. 241/1990, ha ritenuto di attribuire rilevanza decisiva all'apprezzamento della singola vicenda in contestazione, giungendo a ritenere non necessario l'avviso quando l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione; i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (e ciò con riguardo alla decorrenza dei suoi effetti giuridici). Da tener presente che, sulla base di queste premesse, è stato ritenuto non necessaria la comunicazione ex art. 7 l. 241/1990 prima di adottare un provvedimento di revoca di autorizzazione per un passo carrabile, essendo palesemente venuti meno i presupposti ontologici di tale autorizzazione (luogo cui accedere con veicoli), sicché l'intervento non avrebbe potuto appor tare alcun utile contributo alla elaborazione del provvedimento.

\*\*\*\*\*

**4) I principi che fondano la irregolarità per "ragionevolezza della non invalidità" (o irregolarità "estesa" o non minimale) e connessa "dequotazione" della invalidità.**

Da queste rapide esemplificazioni emerge un dato di primaria importanza, che del resto era stato messo in luce (e ampiamente approfondito) da R OMANO T ASSONE. L'invalidità non riguarda tutte le violazioni di legge, come potrebbe sembrare dall'art. 26 T.U. Cons. Stato. Anche se è ricorrente, e spesso ribadita, la visione logico-formale della illegittimità, nel senso che essa riguarda ogni difformità tra atto e norma<sup>31</sup>, in realtà non è così: e del resto - lo nota ancora R OMANO T ASSONE - tutti quelli che predicano in tal senso, poi sono costretti a razzolare (non male, ma diversamente) dicendo che vi sono anche difformità non invalidanti.

Tale lettura estensiva della nozione di irregolarità (e riduttiva della nozione di invalidità) è il risultato non già, come nella nozione minimale, di una valutazione negativa dell'eccesso di formalismo sulla scorta dei principi di equità e di rispetto della coscienza comune sovente invocati dalla antica giurisprudenza amministrativa, bensì dell'applicazione *singulatim* o combinata, implicita o esplicita, di una serie di principi ben identificabili, e più specificamente: **a)** del principio logico della strumentalità delle forme come *species* del più generale principio di ragionevolezza.

Quello che conta è che lo scopo prefigurato dal legislatore non sia tradito, anzi sia perseguito in pieno; **b)** del principio di proporzionalità; la marginalità della difformità rispetto all' o schema normativo determina la sua inidoneità sia ad incidere sul processo valutativo comparativo degli interessi pubblici e privati implicati nel procedimento, sia a pregiudicare la cura dell'interesse pubblico concreto o la tutela di situazioni giuridiche soggettive; **c)** dei valori costituzionali della correttezza e del buon andamento dell'attività amministrativa <sup>32</sup>, che non possono essere pregiudicati da anomalità minori; **c)** dei principi dell'economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli atti <sup>33</sup>.

\*\*\*\*\*

##### **5) Significato della clausola del raggiungimento dello scopo.**

La categoria della irregolarità, con speculare riduzione dell'area della invalidità, pone peraltro due problemi, strettamente complementari.

Primo, la soglia massima di irregolarità (o, in altri termini, la soglia massima di tollerabilità di vizi non invalidanti); secondo, i limiti costituzionali nella determinazione di tale soglia.

Tali problemi possono essere affrontati dopo aver chiarito il concetto di clausola del raggiungimento dello scopo. E' appena il caso di aggiungere che tale clausola è suscettibile di ricomprendere sia le irregolarità c.d. minimali (che certo non intaccano lo scopo), sia, come già ricordato, le irregolarità e stese, ovvero ipotesi di non lesione degli interessi sostanziali o di inutilità di adempimenti o di forme pretermesse. Si deve notare che il principio del raggiungimento dello scopo non è solo giustificativo della "dequotazione" di determinati vizi (al pari, ad es. del principio di conservazione o di quello di buon andamento), ma è anche indicativo della dequotazione stessa: è cioè sia un principio che radica la irregolarità sia un criterio rivelatore della fattispecie. Da qui l'esigenza di affinarlo. A tal fine, va anzitutto detto che la clausola del raggiungimento dello scopo non va intesa nella sua accezione processualistica desumibile dall'art. 156, comma 3°, c.p.c., soprattutto perché l'atto irregolare è già *ex se* idoneo allo scopo (e dunque non invalido), mentre nella disciplina del c.p.c. siamo di fronte ad un atto invalido sanato *ex post*. Anche quando l'interessato non riceve l'avviso di avvio del procedimento, ma è notiziato *aliunde* dell'adottando provvedimento, non abbiamo un atto invalido poi sanato dalla comunque acquisita conoscenza, ma un atto *ab origine* meramente irregolare. Invero, nell'ottica della giurisprudenza sull'irregolarità, lo scopo è quello che si ravvisa dalla normativa, la quale ordina un determinato *iter* procedurale in favore di un determinato assetto degli interessi. Se l'assetto non viene compromesso, e non c'è quindi alcun *vulnus* né delle garanzie assicurate ai privati dall'ordinamento, né delle esigenze di istruttoria o di trasparenza, né in genere dell'*iter* che influenza e precede la decisione, la *ratio* cui è improntata la normativa non viene ad essere alterata. Si badi bene: la "non invalidità" non si fonda sulla rilevata conformità (*ex post*) alla *ratio* della legge, ma sulla corrispondenza del provvedimento alla sequenza legge-provvvedimento. Dato quel fatto e data quella normativa il provvedimento non avrebbe potuto che essere così, sicché la invalidità confliggerebbe con il principio di ragionevolezza. Detto in altre parole, le carenze riscontrate non hanno influito sulla formazione e sulla determinazione delle volontà o del giudizio dell'organo amministrativo, e questo non per ragioni soggettive o di vario genere, ma perché la decisione non poteva che essere quella. Lo scopo concreto del provvedimento (e, nel contempo, lo scopo astratto della legge) vengono conseguiti se la decisione espressa nel provvedimento, anche se non avesse avuto quelle carenze, non avrebbe potuto che avere quel contenuto.

A mio avviso questo criterio ci consente di decifrare il problema di fondo del nostro tema che è quello del quando si supera la soglia di tollerabilità della non conformità a legge, o - come aveva scritto M.S. G IANNINI <sup>34</sup> - del dove corre la linea di distinzione tra irregolarità e l'invalidità.

\*\*\*\*\*

##### **6) Conferme da altri ordinamenti circa il raggiungimento dello scopo come criterio identificante le irregolarità.**

Il criterio identificatore della non invalidità, qui proposto, non solo traspare dalla più recente giurisprudenza amministrativa, ma ha solide conferme in altri ordinamenti caratterizzati da specifica

attenzione alla disciplina della formazione dei provvedimenti amministrativi. Così, in Austria, la legge prevede un regime differenziato dei vizi degli atti amministrativi. Tra essi la violazione delle prescrizioni (*Verletzung von Verfahrensvorschriften*) non conduce sempre e comunque all'annullamento, ma solo laddove risultino violate le prescrizioni "la cui osservanza avrebbe potuto condurre l'autorità competente a formulare una decisione diversa" (par. 42, comma 2, n. 3). Non molto dissimile la previsione originaria (prima della riforma del 12 settembre 1996) dell'art. 46 *VwVfG*, secondo cui il vizio aveva natura invalidante "solo quando non sarebbe stato possibile adottare in concreto nessuna altra decisione"<sup>35</sup>.

Analogo - a mio giudizio - è l'art. 63 della legge spagnola sul procedimento, il quale stabilisce che il difetto di forma determina l'annullabilità solo quando l'atto non possenga i requisiti formali indispensabili per raggiungere il proprio fine o non abbia consentito ai destinatari di tutelare i propri interessi (*irregularidad no invalidante*). Il raggiungimento del fine, anche qui, va inteso nella accezione del contenuto concreto del provvedimento, il quale non avrebbe potuto avere alcun altro contenuto, corrispondendo così alle finalità che la legge affida al provvedimento *de quo*. Si tratta del resto di un criterio cui la giurisprudenza spagnola era pervenuta ben prima della vigente legge sul procedimento, in quanto aveva fin dal 1915 tenuto a valutare se, in ogni caso, l'atto amministrativo, fosse "invariabile", cioè a "contenuto necessario".

Né il richiamo alla tutela degli interessi dei destinatari incide su tale criterio: se il provvedimento non poteva che essere quello, il destinatario non aveva alcuna possibilità di influenzarne il contenuto.

Come pure sulla stessa linea si pone il *Conseil d'Etat* che da tempo è giunto a qualificare *formalité non substantielles*, e pertanto non invalidanti, quelle regole di procedura la cui violazione non incide sul contenuto del provvedimento finale. Altre indicazioni ci provengono dall'ordinamento comunitario, che sanziona la violazione di forme sostanziali, le quali consistono nell'inosservanza, da parte dell'istituzione che ha emanato l'atto, delle regole essenziali di contenuto e di forma proprie dell'attività predisposta all'emanazione dell'atto stesso.

\*\*\*\*\*

#### 7) Il d.d.l. governativo di modifica e integrazione della l. 241/1990 e differenze rispetto alla proposta 6844-A.

L'art. 4 del d.d.l., approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2002 "modifiche e integrazioni della legge 7 agosto 1990, n. 241. Norme generali sull'azione amministrativa" e che sotto questo profilo riprende la proposta di legge 6844-A della passata legislatura (c.d. proposta Cerulli Irelli), nell'introdurre un nuovo "Capo III bis" alla l. 241, dedicato a "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo", stabilisce che "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"<sup>36</sup> (v. art. 4, che si propone di introdurre l'art. 13 *sexies* alla l. 241/1990). Come evidente, si tratta di un testo del tutto in linea e con le indicazioni che provengono dalla comparazione con ordinamenti a noi prossimi, e con l'evoluzione della giurisprudenza verso - potremmo dire - una irregolarità non minimale (tantovero che la già menzionata sentenza del passo carrabile traeva argomento anche dalla proposta 6844-A, considerandola espressione di una razionalizzazione di principi rinvenibili ormai nell'ordinamento).

E' vero che la proposta Cerulli Irelli (e in specie l'art. 9 che è quello che ci interessa in questa sede) venne soggetta a numerose critiche. Esse però, in prevalenza, riguardavano: a) una eccessiva dequotazione del vizio di incompetenza. Ma su questo punto, proprio recependo le indicazioni della dottrina, il d.d.l. mantiene la invalidità dell'atto viziato da incompetenza per violazione di disposizioni legislative e regolamentari sulla competenza, e ciò in armonia con l'ormai consolidato sistema delle fonti sulla organizzazione amministrativa, che riserva alla legge e al regolamento la determinazione della competenza solo per le scelte di massima dimensione. Viene quindi considerata causa di mera irregolarità la incompetenza nascente da determinazioni non normative: il che non incide su nessuna garanzia tantopiù che si è sempre ammessa la convalida, anche in

pendenza di giudizio, di atti viziati da incompetenza relativa (e ai fini delle garanzie giurisdizionali irregolarità e convalida in corso di giudizio conducono allo stesso risultato).

b) La trasformazione del vizio di violazione di legge in vizio di violazione di norme imperative. Si obietto che questa modifica avrebbe determinato incertezze, soprattutto in considerazione del difficile trapianto di tale nozione, nata in un sistema di rapporti paritetici dove le norme superiori sono una eccezione, in un sistema caratterizzato da disposizioni tendenzialmente finalizzate a tutelare l'interesse pubblico. Ma l'attuale d.d.l. abbandona il riferimento alle norme imperative, e appunto si concentra sulla formula del provvedimento "senza alternative", sulla scorta del modello diffuso in Europa.

\*\*\*\*\*

#### 8) Esplorazione della clausola di risultato (o del provvedimento senza alternative).

Valga precisare che non intendo suffragare il disposto del d.d.l. solo sulla scorta delle referenze di altri ordinamenti e orientamenti giurisprudenziali. Anche perché le comparazioni non si fanno sulla lettera della disposizioni, dovendosi considerare tutto il sistema normativo, le tradizioni culturali, le garanzie, i criteri interpretativi, i valori prevalenti etc., mentre la giurisprudenza è ancora in via di assestamento. Per chiarezza, è bene ribadire i due problemi da affrontare del resto strettamente intersecati cui ho fatto richiamo al § 5. Primo, la portata di tale clausola di risultato: vale a dire che genere di provvedimento riguarda, e a quali carenze si riferisce; secondo, i rapporti di tale clausola con le garanzie costituzionali di tutela, e in particolare con l'art. 113 Cost., poiché si potrebbe incidere sul regime di illegittimità degli atti, presupposto da tale previsione costituzionale.

Sul primo punto. La dizione "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", non si riferisce ai soli atti vincolati come potrebbe sembrare a prima vista. Infatti la carenza di forma influente ai fini della decisione potrebbe anche riguardare atti discrezionali. Le carenze minimali, oggetto di una univoca elaborazione giurisprudenziale, quali la mancata indicazione dell'autorità cui ricorrere o la mancata indicazione della delega pur prevista dalla normativa o la mancata indicazione della data o del parere, ecc. riguardano indistintamente atti discrezionali e atti vincolati.

Ma soprattutto non dobbiamo restare ancorati alla distinzione provvedimento discrezionale-provvedimento vincolato. E' vero che non è mai possibile stabilire con certezza che il provvedimento discrezionale non poteva che essere quello, atteso il suo contenuto ontologicamente variabile (e può variare anche per la irregolarità consistita nel ritardo di un giorno, se sopraggiungono nuove esigenze). Tuttavia questa regola non vale sempre, o meglio, può non valere se il procedimento ha raggiunto una certa fase. Nel senso che possiamo avere provvedimenti a carattere discrezionale, ma che all'interno di un particolare procedimento, dopo una determinata fase, assumono il carattere di provvedimenti vincolati: si pensi, in caso di concorso di due domande di concessione di ben e demaniale (ex art. 37 cod. nav.), al vizio di mancata comparazione, quando il soggetto preteso non aveva né arte né parte, né programmi, e il prescelto quale concessionario era una primaria società cantieristica. In questa situazione, la violazione procedurale di non comparazione non incide sul contenuto, che non poteva che essere quello.

In altre parole, la individuazione dei provvedimenti meramente irregolari non può essere fatta per categorie, ma richiede una analisi caso per caso, per verificare se la situazione fattuale era tale per cui non poteva che essere adottato quello specifico provvedimento. Le ipotesi sono sterminate: il diniego di abitabilità senza parere dell'ASL, quando senza dubbio non sussistono le condizioni igieniche di legge, il provvedimento di demolizione di un'opera abusiva adottato senza aver prima esaminato la domanda di sanatoria, che però a sua volta non poteva che essere respinta; il provvedimento di spostamento delle condutture elettriche adottato senza richiesta dalle autorità interessate, che però successivamente condividono tale spostamento (art. 126 T.U. acque ed impianti elettrici), e in genere la mancata acquisizione di un parere favorevole che poi è intervenuto sempre in senso favorevole o che non poteva incidere su quella determinazione, del tutto astretta dal fatto e della norma di legge, o anche carenze nella sequenza istruttoria non rilevanti ai fini

dell'accertamento dei fatti, assolutamente incontestati. Tra l'altro, per quanto concerne la mancata acquisizione di un parere, già l'art. 16 l. 241/1990 ne ha depotenziato il ruolo, potendosi prescindere in caso di ritardi nella sua emissione. Molto efficace è la formula del Tribunale Supremo spagnolo, secondo cui si deve sempre determinare se, ove si fosse osservato il requisito di forma o procedura invece disatteso, ci sarebbe stata la possibilità di adottare un atto diverso, e per di più, se l'amministrazione con la sua omissione o disattenzione, ha privato il giudice di elementi di giudizio necessari per il sindacato di legittimità sul procedimento.

Non v'è dubbio che la valutazione della non alternativa non è sempre univoca. Soccorre tuttavia il criterio per cui, in caso di incertezza, il provvedimento è illegittimo trovando applicazione il fondamentale principio di legalità, rispetto a cui la irregolarità è una eccezione. Ma si tratta comunque di valutazione non drammatizzabile. Come invece ha fatto talvolta la dottrina tedesca (sul vecchio art. 46 della legge generale sul procedimento), osservando che la verifica circa la correttezza e univocità sostanziale del provvedimento obbliga i tribunali a ricerche e controlli tipici dell'autorità amministrativa. Il che inciderebbe sia sull'ordinato svolgimento della giustizia, ingolfato da queste verifiche, e per di più inciderebbe sulla ripartizione di competenze tra amministrazione e giurisdizione amministrativa. Sono affermazioni non condivisibili, perché il giudice amministrativo deve accertare i fatti, e non v'è differenza tra accertamento per verificare se il provvedimento è viziato oppure se è corretto, nel senso che il vizio non ha avuto conseguenza sulla decisione da prendere (“entscheidungsunerheblich”). C'è poi da tener presente che al diffondersi del criterio della legalità sostanziale non potrà non seguire un effetto deflattivo del contenzioso.

Quanto alla valutazione che si richiede al giudice, a dimostrazione che non comporterà indagini eccessivamente onerose, è da prevedere che la stessa amministrazione si attiverà “in tal senso”, e il giudice farà un'opera di puro riscontro.

In fondo, è la stessa valutazione che si accinge a fare chi presenta una denuncia di inizio attività, quando attesta l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge eventualmente accompagnandola con l'autocertificazione dell'espletamento di prove a ciò destinate (v. art. 19 l. 241/1990). Infatti a prescindere dal problema se l'art. 19 configura una fattispecie provvedimentale o una autoamministrazione, che qui non rileva, l'interessato svolge una valutazione di corrispondenza tra il fatto e la norma. Ancora più evidente è l'analogia con quanto avviene in sede di procedura di silenzio-assenso, dove l'interessato, anche quando non obbligato ad autocertificazione con rilevanza penale, svolge di necessità la verifica di corrispondenza tra fatto e normativa.

\*\*\*\*\*

#### 9) Irregolarità e carenza di motivazione.

La irrilevanza della violazione delle norme sulla procedura e sulle forme, ove si giunga alla conclusione che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, risponde ad un elementare canone di ragione, che fa aggio su ordini seriali o anche su previsioni normative di pareri od accertamenti. Lo svolgimento di tali incombenze, data la situazione di fatto e la sua incontestabilità, sarebbe stato del tutto inutile.

Più difficile è valutare se si può fare a meno anche della motivazione.

Si è soliti dire che la motivazione non è solo forma, ma è sostanza, perché la motivazione è strumento di garanzia dell'interessato consentendogli di sindacare il percorso logico seguito dall'amministrazione, nonché di garanzia complessiva della democraticità dell'ordinamento, consentendo alla collettività un controllo diffuso sull'operato della p.a.. Il tema è così ampio e ingombro di ricadute sui piani alti della teoria dell'atto, della teoria delle situazioni soggettive, di quello delle garanzie procedurali e giurisdizionali etc., che non può certo essere affrontato in questa sede. Mi limito però ad osservare:

a) che la motivazione per definizione non c'è in tutti i procedimenti di silenzio-assenso; b) che la giurisprudenza ha in molti casi dato una interpretazione adeguatrice (alle esigenze di buon andamento) dell'obbligo di motivazione ex art. 3 l. 241: si pensi alla motivazione dei punteggi assegnati alle prove concorsuali; c) che la stessa l. 241 esclude la motivazione per determinate

categorie di atti; d) che la carenza di motivazione non deprezza la tutela, se la tutela viene intesa a favore di una pretesa sostanziale; e) che, per tutta una serie di ragioni che qui non è il caso di ripetere (e comunque c'ollegate in via primaria con le acquisite caratteristiche del processo amministrativo, volto a decidere sul rapporto), si ammette sempre con maggiore larghezza la integrazione della motivazione in corso di giudizio <sup>37</sup>; f) quanto al controllo diffuso, si potrebbe stabilire che la carenza di motivazione richiede sempre una apposita regolarizzazione, oltre che determinate conseguenze per i soggetti che sono incorsi in tale carenza.

In fondo, con quest'ultima precisazione, abbandoniamo il tema della irregolarità ed entriamo in quello della convalida in corso di giudizio (del resto i due istituti, se pur nettamente distinguibili - il secondo presuppone un atto illegittimo, il primo no - hanno non poche contiguità).

Come noto, per quanto non manchino eccezioni <sup>38</sup>, la giurisprudenza sinora è nettamente orientata ad escludere la convalida di atti che abbiano formato oggetto di ricorso giurisdizionale salvo per il vizio di incompetenza relativa, stante la espressa disposizione di legge che lo consente (art. 6 l. 18 marzo 1968, n. 249).

Per la verità, la giurisprudenza non ha mancato di rilevare che la possibilità di convalida da parte dell'amministrazione è oggetto di una ragionevole aspirazione *de jure condendo*. Tuttavia, allo stato attuale della normativa non è consentita, salvi casi speciali e particolari stabiliti espressamente dalla legge.

Una recentissima sentenza del TAR Lazio <sup>39</sup> ha rimesso in discussione il divieto di convalida in corso di giudizio, propri o con riguardo ad un provvedimento carente di motivazione. Si tratta di una decisione elaborata e perspicua, che meriterebbe un seminario *ad hoc*. Ai nostri fini comunque è sufficiente rilevare che essa si fonda anzitutto sulla ormai acquisita risarcibilità degli interessi legittimi, sicché, quando la p.a. ha riscontrato una ipotesi di illegittimità nel proprio operato, e benché sia pendente al riguardo un giudizio (anzi anche per questo), ha il potere-dovere di intervenire per porvi rimedio, allo scopo di limitare la propria eventuale responsabilità. Questo argomento invero, non è decisivo - posto che - perlomeno secondo la notissima sentenza della Cassazione 500/1999, la risarcibilità richiede comunque la fondatezza o meno dell'istanza <sup>40</sup>.

Maggiormente produttivo, anche ai nostri fini, è il secondo argomento, che in sostanza ravvisa il superamento della struttura tradizionale del giudizio impugnatorio, in quanto la legislazione più recente ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente; nel senso che il giudice amministrativo, più che accertare l'isolato dato della legittimità formale di un singolo provvedimento, verifica il grado di fondatezza delle aspettative e delle correlative pretese nello specifico rapporto di diritto amministrativo sottoposto al suo scrutinio.

La "divagazione" sulla convalida (e sulla integrazione della motivazione in giudizio) è finalizzata a mettere in luce che le carenze di motivazione hanno, al più, un'altra sede per porre rimedio ad annullamenti del tutto antitetici alla logica (ed inutili per tutti, p.a. e privati). Invero la carenza di motivazione può essere considerata un difetto di forma (e in tal caso la prefigurata normativa introdurrebbe una implicita ulteriore eccezione all'art. 3 l. 241/1990) solo per i provvedimenti vincolati, rispetto a cui l'assenza di motivazione si può configurare come un difetto di esternazione di un accertamento *aliunde* effettuabile, sempre che porti alla conferma della correttezza dello stesso. Del resto, l'istituto del silenzio assenso dimostra che, in ipotesi del genere, la motivazione può essere pretermessa, in nome di esigenze di buon andamento e di semplificazione. Riguardo ai provvedimenti discrezionali, di contro, la motivazione è davvero sostanza e come tale infungibile. Consente infatti di poter sindacare il percorso logico seguito dall'Amministrazione e come si è svolta la selezione degli interessi: è dunque una componente ineliminabile della tutela giurisdizionale. La quale comporta, nel suo contenuto essenziale, la cognizione preventiva delle modalità di esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione (non acquisibile in altro modo che con la motivazione). E' vero che, alla luce del criterio dell'univoca decisione, i provvedimenti discrezionali sono di solito *ex se* al di fuori della tematica della regolarizzazione; ma per quelle

ipotesi in cui la discrezionalità è “consumata” prima del vizio rimane l’esigenza di esternare le ragioni di giustificazione del provvedimento.

\*\*\*\*\*

#### **10) Irregolarità “estesa” e tutela giurisdizionale.**

Come sempre, la problematica sulla teoria dell’atto finisce per essere il riflesso della teoria del processo e viceversa, secondo il tradizionale connubio tra situazioni soggettive e tutela giurisdizionale. A mio avviso - ma si tratta di tesi sempre più diffusa - la giurisdizione amministrativa ha assunto il carattere di giurisdizione piena, volta ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale. Se è così, il problema della limitazione di tutela giurisdizionale in conseguenza della estensione delle ipotesi di irregolarità non si pone in radice, poiché l’art. 113 non impone di necessità un giudizio a carattere demolitorio: al contrario, un giudizio volto ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale risponde ad un risultato ben più soddisfacente.

Qualora invece si ritenga che il processo amministrativo sia ancora strutturato come processo di impugnazione, ci si deve chiedere se la estensione della irregolarità, nei limiti anzidetti, non costituisca un *vulnus* dell’art. 113. Ciò in quanto la nozione di legittimità non è disponibile da parte del legislatore. La Costituzione, quando assicura la tutela giurisdizionale amministrativa nei confronti di provvedimenti viziati da illegittimità e lesivi di interessi legittimi, ha costituzionalizzato la definizione e la latitudine di tali vizi quali si erano venuti formando ad opera della dottrina e della giurisprudenza <sup>41</sup>.

Ma nel nostro caso non v’è una riduzione dei vizi di legittimità. La c.d. dequotazione ha un carattere oltre modo limitato: non espunge dall’area della giustiziabilità i vizi degli atti amministrativi, ma dà una interpretazione secondo ragione del contenuto essenziale degli atti amministrativi (e dei procedimenti). In altre parole, la irregolarità è solo in apparenza una riduzione dei vizi, in realtà è una interpretazione secondo i principi costituzionali di buon andamento, di conservazione di valori giuridici, di ragionevolezza. La irregolarità è frutto del combinato di diritto positivo e dei principi che informano l’agire amministrativo. Si tratta di cose risapute, ma è bene ricordare il ruolo fondamentale del principio di ragionevolezza che ha i suoi punti di riferimento costituzionali nel principio di eguaglianza, in quello di imparzialità ed in quello del buon andamento. E’ vero che esso si era affermato già prima della Costituzione, senonché la ascendenza costituzionale gli assegna una forza superiore nella gerarchia delle fonti, con la conseguenza che viene ad operare nell’ordinamento non solo come criterio interpretativo, ma anche come norma positiva, riempiendo lacune. E’ una vera e propria clausola generale dell’azione amministrativa, e del resto è comunemente applicato, non solo nell’ordinamento comunitario e negli Stati a diritto amministrativo, ma anche negli Stati dove, perlomeno secondo la ricostruzione tradizionale, non v’è diritto amministrativo.

Noi siamo abituati a vedere il principio di ragionevolezza in chiave negativa, onde individuare i vizi di illogicità e di incoerenza dei provvedimenti amministrativi, in tutte le manifestazioni che influenzano il formarsi dell’atto: non contraddizione, proporzionalità, adeguatezza della decisione sul caso concreto, completezza di istruttoria etc. Ma la ragionevolezza ha anche una sua parte *construens* volta a conservare provvedimenti che, pur divergenti rispetto al diritto positivo, rispettano l’assetto degli interessi così come imposto dalla legge. La irregolarità ove intesa nei termini di cui alla clausola di risultato, non è un vizio: se prima della Costituzione veniva considerata tale, ciò derivava dall’ovvia non considerazione dei principi costituzionali sopra ricordati che ovviamente prevalgono sulla c.d. “cristallizzazione” dei vizi. D’altra parte, se la pretesa sostanziale non è fondata, perché l’amministrazione non poteva che adottare quel provvedimento, l’interesse che viene fatto valere, in quanto indipendente da una pretesa tutelata dall’ordinamento, ma meramente strumentale all’annullamento per vizi formali, non può che essere definito interesse illegittimo o indiretto, cedevole rispetto al principio di ragionevolezza, a quello di economicità ed efficienza dell’azione amministrativa, e anche al principio di effettività della tutela (che va inteso nel senso che il processo ha da condurre ad un risultato produttivo). Ma non occorre insistere: la sicura ammissibilità della convalida pur in presenza di giudizio, ove espressamente

prevista dalla legge, è la controprova che la tutela giurisdizionale non può essere dissociata dalla tutela delle posizioni sostanziali, e del privato e della amministrazione.