

## Editoriale

GIUSEPPE PIPERATA, LORENZO SALTARI E ALDO SANDULLI, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum* ..... V

## RICORRENZE

MARCO DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi* .....XIII

## Saggi

SARA VALAGUZZA ED EDUARDO PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato* ..... I

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale* ..... 29

## Articoli

### SERVIZI DI TRASPORTO E MOBILITÀ URBANA

FRANCESCO GASPARI, *La regolazione della mobilità urbana sostenibile e i limiti del Green Deal dell'Unione europea. Ovvero, il ruolo dello Stato all'alba della post-globalizzazione*..... 67

EDUARDO CARUSO, *La disciplina del trasporto pubblico non di linea alla luce della sentenza n. 56/2020 della Corte costituzionale* ..... III

ENRICO GUARNIERI, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza: un ritorno alla dir. 2014/24/UE?* ..... 141

FRANCESCO MAZZONI, *Le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi comunitari: la tela di Penelope*..... 175

## sommario

SALVATORE MILAZZO, *La comunicazione della pubblica amministrazione, tra mutate esigenze "sociali" e necessità di nuove figure professionali* .....207

### **Commenti**

SERENA STACCA, *La Corte costituzionale su autonomia e autodichia degli ordini professionali (perché i nodi vengono sempre al pettine)*.....237

NOTIZIE SUGLI AUTORI .....255

TABLE OF CONTENTS  
MUNUS 1/2020  
ISSN 2240-4732  
DOI 10.26321/MUNUS/1\_2020

**Editorial**

GIUSEPPE PIPERATA, LORENZO SALTARI AND ALDO SANDULLI, *The return of service to the community as a munus publicum* ..... V

ANNIVERSARIES

MARCO DUGATO, *The new boundaries of the pathology of administrative acts*.....XIII

**Essays**

SARA VALAGUZZA AND EDUARDO PARISI, *Research on the legal identity of the public-private partnership* ..... I

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Prevention of corruption and liability for damage to the treasury*..... 29

**Articles**

TRANSPORT SERVICES AND URBAN MOBILITY

FRANCESCO GASPARI, *The regulation of sustainable urban mobility and the limits of the European Union's Green Deal. In other words, the role of the State at the dawn of post-globalization* ..... 67

EDUARDO CARUSO, *The regulation of non-linear public transport in the light of Constitutional Court ruling no. 56/2020*..... III

ENRICO GUARNIERI, *Brief notes on public procurement in the emergency: a return to dir. 2014/24/UE?* ..... 141

FRANCESCO MAZZONI, *The Italian beaches and the maritime concessions between the domestic regulation and European principles: Penelope's canvas* ..... 175

## table of contents

SALVATORE MILAZZO, <i>The communication of the public administration, between changed “social” needs and the need for new professional figures</i> .....	207
--	-----

### Comments

SERENA STACCA, <i>The Constitutional Court on autonomy and self-declaration of the professional orders (as the knots always come to the comb)</i> .....	237
---	-----

LIST OF CONTRIBUTORS .....	1005
----------------------------	------

## EDITORIALE - RICORRENZE

MARCO DUGATO

### I NUOVI CONFINI DELLA PATOLOGIA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I presupposti della trasformazione. – 3. Tempo, buona fede e diritto europeo. – 4. Ibridazione dei presupposti, invalidità e valore differenziato degli interessi. – 5. La natura della nullità e le sue manifestazioni. – 6. L'art. 21-*octies*, c. 2, e la legittimità sostanziale.

#### 1. Premessa<sup>1</sup>

Dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e del sindacato giurisdizionale sulla patologia degli atti ha ormai senso parlare solo in un'ottica evolutiva. I lavori dei grandi maestri del diritto amministrativo<sup>2</sup> e processuale e i grandi arresti giurisprudenziali hanno infatti disegnato in modo puntuale ed esaustivo i pilastri dogmatici del tema, approfondendo ogni profilo, rilevante o secondario, a partire dai fondamenti storici e costituzionali fino alle conseguenze processuali. Neppure è utile, a mio avviso, percorrere la via dell'analisi della tenuta delle più importanti costruzioni dottrinali e delle ricostruzioni sistematiche alla luce dei percorsi intrapresi dalla giurisprudenza dopo la riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241, ad opera della novella del 2005, perché è già stata battuta felicemente più volte.

Il taglio che ho scelto è quindi un taglio volto ad immaginare i possibili approdi futuri di un'onda in movimento, partendo da alcune considerazioni di sistema e tentando di prevederne il prossimo punto di arrivo. Ciò, avendo piena consapevolezza di non poter dare preliminarmente conto del contenuto e del significato che all'invalidità immagino attribuire<sup>3</sup>.

\* Lo scritto è stato destinato agli Studi in onore di Eugenio Picozza.

<sup>1</sup> Le riflessioni svolte in queste pagine devono molto al confronto, critico e costruttivo, con Enrico Guarnieri, che ringrazio di cuore.

<sup>2</sup> È qui doveroso il rinvio ad A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>3</sup> Al riguardo, è importante il saggio di S. Civitarese Matteucci, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 227 ss.

Quel che mi pare di poter anticipare è come la distinzione tra vicende sostanziali e vicende processuali, che nella storia del diritto amministrativo è sempre stata più artificiale che reale<sup>4</sup>, si sia nei tempi più recenti fatta ancor più incerta. Così, l'irrinunciabile principio della separazione tra il potere giurisdizionale e quello esecutivo deve trovare nuovi fondamenti e confini se ne si vuole conservare l'effettivo carattere precettivo e non lo si vuole trasformare in un dogma trascendente e muto. Del resto, il diritto amministrativo, anche ove non se ne ammetta l'origine come diritto delle tutele (delle "guarentigie") verso il potere, certo si è evoluto sensibile alle esigenze di protezione, come dimostra la storia stessa della posizione soggettiva che lo qualifica rispetto al diritto privato. L'interesse legittimo, a differenza del diritto soggettivo, non è "altro" dall'azione processuale che lo aziona in giudizio, ma è al contempo posizione sostanziale e proiezione processuale.

Il dato, lo vedremo, ha un rilievo centrale per la teorica dell'invalidità e per la sua stessa ontologia ed è certamente amplificato dalla circostanza, tutt'altro che irrilevante, in ragione della quale nel diritto amministrativo riformato, a fronte della previsione delle patologie, continua a mancare un corpo normativo espresso sulla fisiologia dell'atto. È facile prevenire la contestazione all'affermazione resa: la fisiologia è compiutamente trattata nelle regole sulla corretta conduzione del procedimento amministrativo e ciò basta se si considera che la patologia, in fondo, non affligge tanto l'atto quanto il procedimento che lo genera. Credo, tuttavia, che l'argomento non possa soddisfare oggi come in passato. La partecipazione del privato al procedimento, la possibile negoziazione del potere, l'ingresso del principio di buona fede nel diritto amministrativo sostanziale, come meglio tenterò di chiarire in seguito, hanno infine spinto il rapporto amministrativo in un alveo assai simile a quello in cui naviga il rapporto di diritto privato, così che dell'unilateralità del provvedimento si conserva più il dato formale dell'imputazione della decisione che non quello sostanziale del processo di formazione della volontà.

In tal senso e come si vedrà, non è irrilevante il fatto che non esistano norme generali sull'atto amministrativo ed esistano invece norme sulla sua invalidità. Il codice civile, fonte principale di un ordinamento fondato sul rapporto, preliminarmente definisce il contratto, il matrimonio, gli atti unilaterali, per poi positivizzare le distonie invalidanti. Nel diritto amministrativo manca una norma sostanziale che definisca in generale gli atti

<sup>4</sup> Alcune delle ragioni, come l'essere l'atto amministrativo al contempo l'oggetto del giudizio e il principale elemento d'istruzione, bene emergono dalla splendida illustrazione di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953.

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

amministrativi e la teoria dell'atto è stata costruita in sede processuale dal giudice proprio nella sede in cui è chiamato a giudicarne la validità rispetto al prototipo legale e a sanzionarne i vizi.

Vi è poi un secondo dato sostanziale indotto dal dato processuale invece più tecnico (e più moderno, potremmo dire, anche se Feliciano Benvenuti l'aveva magistralmente descritto già negli anni Cinquanta con l'intenzione di evitarne le derive): per com'è immaginato il giudizio sulla validità degli atti amministrativi, esiste un collegamento inscindibile tra ciò che viene fatto nel procedimento (cioè l'istruttoria procedimentale) e ciò che viene controllato nel processo che ha ad oggetto la legittimità del provvedimento.

Quel che emerge è che i due casi di non annullabilità di atti astrattamente viziati previsti dal secondo comma dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, e soprattutto il secondo di quei casi rendono indiscutibile che il processo non è vicenda separata rispetto al procedimento, apparendo piuttosto il primo un'appendice di verifica di ciò che è stato fatto nel procedimento amministrativo. L'analisi sulla validità dell'atto è compiuta al termine di un *continuum* procedimento-processo. La teorizzazione del "soccorso istruttorio processuale" ne è significativo indice.

Quel che si è detto alimenta la convinzione in merito al fatto che non è oggi possibile trattare dell'invalidità se non partendo dal valore della partecipazione al procedimento, dai contorni del percorso processo-procedimento, dalla consensualità nell'azione amministrativa, dalla rilevanza del principio di buona fede.

Le tappe per le quali passerà il ragionamento possono essere utilmente sintetizzate: concetti generali; reale incidenza dei principi comunitari; istituti dell'invalidità; analisi giurisprudenziale.

Con riferimento all'analisi giurisprudenziale, è bene premettere che in nessuno degli ambiti del diritto amministrativo la giurisprudenza ha avuto un'incidenza così significativa come in quella dell'invalidità degli atti amministrativi, anche volendo limitare lo studio al solo periodo che va dal 2005 al 2019. La giurisprudenza sull'invalidità ha cambiato i contorni del diritto amministrativo sostanziale e forse dello stesso principio di legalità, passando ad un concetto di legittimità sostanziale alternativo e, per mezzo del rilievo dato al risultato dell'azione amministrativa, forse anche antitetico rispetto a quello di legalità sostanziale formatosi dalla Costituzione fino all'inizio del nuovo millennio. Con tutto quello che ne consegue anche in termini di capacità predittiva dell'esito di un processo. L'analisi della legittimità sostanziale e la funzione salvifica del risultato raggiunto rendono sostanzialmente impossibile, prima dell'esposizione degli argomenti ad opera delle parti, prevedere il contenuto della sentenza per il semplice fatto che la legittimità si

forma *nel* processo. L'analisi della giurisprudenza, caratterizzata peraltro da cicli, da fughe in avanti e da ritorni al passato alimentati proprio dal timore delle fughe in avanti, è dunque l'unico strumento per tentare di prevedere il futuro più probabile ed eventualmente per evitarne i pericoli.

Dell'incidenza effettiva del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale dell'invalidità dirò invece sommariamente ed in termini di dubbio. È certo che in alcuni ambiti settoriali i principi e gli istituti comunitari hanno profondamente ridisegnato la fisiologia dell'attività amministrativa e conseguentemente dell'invalidità (si pensi al "soccorso istruttorio" negli appalti pubblici), ma ritengo che in una prospettiva più generale e nonostante il riferimento che la giurisprudenza è usa fare all'origine comunitaria dei principi, l'evoluzione sia stata un fenomeno per così dire autoctono; il risultato di un percorso interno al nostro ordinamento. È così, ad esempio, per l'assunta rilevanza del principio di buona fede, che la giurisprudenza ricollega all'introdotta rinvio ai principi del diritto comunitario ad opera del novellato art. 1, l. n. 241/1990, e che a chi scrive pare invece un progressivo adattarsi del principio dell'affidamento alla struttura plurilaterale del procedimento amministrativo.

Così, la giurisprudenza, che aveva sostanzialmente costruito il principio dell'affidamento sulle basi di una costruzione formale della legittimità, lo ha naturalmente sostituito con il principio della buona fede al trasformarsi del rapporto amministrativo in una vera e propria relazione bilaterale ed all'affermazione del rinnovato concetto sostanziale della legittimità. Non ritengo, dunque, di dare credito all'affermazione (più di stile che convinta) della giurisprudenza successiva al 2012 del Consiglio di Stato e ritengo invece che il principio di buona fede non sia un canone precettivo indotto dall'esterno, ma un naturale ed inevitabile approdo del descritto percorso giurisprudenziale di celebrazione della relazione amministrazione-amministrati in chiave di rapporto giuridico plurilaterale.

Mi pare invece più rilevante l'influenza del diritto europeo nella nuova definizione dei confini soggettivi della pubblicità con profonda incidenza sulla qualificazione e sulla struttura della validità degli atti posti in essere dagli enti riconducibili al perimetro del "pubblico". C'è una vicenda che mi pare significativa ed attiene ad una curiosa contesa processuale in materia di appalti. Un'azienda ospedaliera pubblica decide di partecipare ad un appalto pubblico in Lombardia e si aggiudica la gara. I profili d'interesse sono ovviamente molti, dal vecchio dogma dei confini territoriali dell'agire dei soggetti pubblici al crollo del canone in ragione del quale tra pubbliche amministrazioni si contrattava direttamente. Ciò che però rileva ai nostri fini è che la qualificazione dell'ente pubblico quale operatore economico (questa

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

fu la conclusione del giudice comunitario chiamato infine ad esprimersi) spezza la monoliticità dell'ente pubblico e dà al concetto di "pubblica amministrazione" una dimensione dinamica, variabile e componibile con altri sistemi qualificatori<sup>5</sup>. Il soggetto dev'essere considerato pubblica amministrazione o operatore economico secondo quel che sta facendo. Se così è, i suoi atti sono o non sono riconducibili al diritto amministrativo in ragione della veste che l'ente indossa ed il regime della loro validità non può che variare di conseguenza.

Vi sono poi ambiti in cui il discorso si complica. È il caso, ad esempio, degli accordi amministrativi, quale che sia la natura che si voglia loro attribuire. Il combinarsi dei principi in tema di obbligazioni e contratti con quelli propri del potere amministrativo (rispetto ai quali i primi si applicano se "compatibili", secondo quanto dispone l'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo) non può che tradursi in un regime particolare ed ibrido che costringe l'interprete ad uno sforzo interpretativo capace di contemperare la disciplina civilistica dell'invalidità con quella della patologia degli atti espressivi del potere amministrativo. L'applicazione dei principi del diritto privato "in quanto compatibili", oltre a mettere in seria difficoltà il lettore che voglia trovare armonia tra quanto disposto dall'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990, e la natura degli accordi, parrebbe doversi riferire anche ai principi sull'invalidità, sull'adempimento e sull'inadempimento. Tuttavia, come ebbi modo di rilevare qualche tempo fa, contemperare i principi civilistici sull'invalidità con quelli dell'invalidità dell'atto amministrativo è una vera quadratura del cerchio, essendo gli uni e gli altri tra loro in sostanziale contraddizione. Così, a dar credito all'art. 11 ed alla prevalenza del regime pubblicistico (quella che discende appunto dalla clausola di "compatibilità"), se ne dovrebbe far discendere l'applicazione solo residuale agli accordi dei principi sull'invalidità del contratto. Col che, delle due, l'una: o gli accordi hanno natura di provvedimento (ancorché negoziale), o la previsione dell'appena ricordato c. 1-*bis* («La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente») vede assai ridotta la sua portata precettiva.

Sullo sfondo dell'intero ragionamento sull'invalidità si muovono due forti tensioni, che anticipo. Innanzitutto, il diritto nazionale, almeno per come è andato rappresentandolo la giurisprudenza, si sta muovendo in di-

<sup>5</sup> Si leggano, al riguardo, le considerazioni di G. Mulazzani, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 385 ss.

reazione diametralmente opposta a quello che sta accadendo negli ordinamenti di altre nazioni, in tutto il diritto comunitario e nel mondo del diritto amministrativo globale. La più attenta dottrina, infatti, ha posto in evidenza come in questi ultimi ambiti assuma rilievo sempre maggiore la correttezza delle procedure (del procedimento, azzardo), del regolare andamento del procedimento e del contraddittorio. Sono dunque in costante rafforzamento il significato e la pienezza della partecipazione, delle garanzie e delle tutele. Il nostro ordinamento sta invece andando nella direzione opposta, fino a riconoscere alla partecipazione al procedimento un ruolo marginale e meramente strumentale. Anche la più frettolosa analisi della giurisprudenza sull'art. 21-*octies*, c. 2, consente di affermare che la partecipazione non è affatto un valore *in se* e soprattutto che non sempre è rilevante ai fini della validità degli atti che concludono il procedimento.

Ritengo che sarà compito dei futuri studi sul procedimento e sulla partecipazione chiarire se il nostro diritto possa continuare a ignorare la direzione del diritto europeo e di quello globale. Ciò, per tornare ai profili strettamente attinenti alla nostra indagine, tenendo conto della seconda tensione in atto.

La giurisprudenza della Corte EDU, a volte non senza forzature, mostra di ricondurre ad un concetto generale di sanzione (e quindi all'ambito *criminal*) una parte non secondaria dei provvedimenti sfavorevoli (mi riferisco alle sanzioni interdittive), comprimendo nella sostanza la differenza tra sanzione penale e amministrativa. Proprio una siffatta rappresentazione del provvedimento affittivo (in futuro, non si può escludere, del provvedimento sfavorevole inteso in senso lato) e la sua attrazione al campo sanzionatorio criminale, classicamente assistito dal rigoroso principio di legalità e da garanzie partecipative assai ampie, porranno nel breve rilevanti questioni non solo con riferimento alla dequotazione del valore della partecipazione che caratterizza il nostro ordinamento nazionale, ma anche e soprattutto con riferimento ai profili dell'invalidità dei provvedimenti posti a conclusione di procedimenti a partecipazione vulnerata. Quel che per noi, dopo la novella del 2005, è divenuto soltanto *unfair*, potrebbe presto tornare *unlawful*<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Interessante è senz'altro lo studio di G. Mannucci, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 259 ss., che sottopone a revisione critica proprio l'assunto a cui, in modo certo accennato e superficiale, do qui credito.

## 2. I presupposti della trasformazione

Il tema dell'invalidità è certamente tra i più classici ed in esso si trovano riflesse le due ottiche con cui il diritto amministrativo viene storicamente affrontato rispetto alla sua funzione: quella dell'organizzazione dello Stato e della realizzazione dei fini pubblici e quella della protezione, della garanzia individuale verso l'esercizio del potere. Ordinamento *versus* guarentigie, potremmo dire con imprecisa semplificazione.

Qualunque sia il momento genetico del diritto amministrativo, è innegabile che i giuristi che vi si dedicarono provenivano da esperienze diverse che riflettevano le due ottiche descritte. Accanto agli studiosi nati nel diritto costituzionale, ve ne furono altri, come Federico Cammeo, profondamente radicati nello studio del diritto processuale e quell'interesse si rifletté certamente nei lavori di molti altri maestri.

La teorica dell'invalidità non poteva non risentire della prospettiva scelta. Per gli ordinamentalisti il tema della validità degli atti fondamentalmente assumeva interesse nella prospettiva del rapporto tra previsione legislativa ed azione amministrativa e del principio di legalità. Gli effetti dell'atto invalido sugli interessi particolari erano sostanzialmente un corollario, tanto da giustificare il loro sacrificio anche per opera di atti viziati. Come ben testimonia l'origine dell'interesse legittimo, persino nel processo quel che si proteggeva erano la legge e la sua supremazia, non il bene o l'aspirazione del privato, relegato ad un ruolo di mero attivatore strumentale del giudizio.

In altra ottica, evidentemente divenuta potente per l'evoluzione del pensiero di Maurice Hauriou, la preoccupazione nasce invece dalla consapevolezza che il potere, pur essendo il necessario strumento attraverso cui si realizza l'interesse collettivo, fa male. Il potere limita o toglie e deve poterlo fare solo se esercitato conformemente alla legge, che ne costituisce non solo la genesi funzionalizzante ma anche l'argine di garanzia. In tal senso, la legge stessa è pensata, nel rapporto con l'amministrazione, come meccanismo di protezione dell'individuo. È in questa prospettiva che l'invalidità nel diritto amministrativo, non nasce come conseguenza patologica per la violazione di regole ma come figura di garanzia ed è rappresentata dai limiti della tutela del privato. Ed è ancora in questa prospettiva che si spiega la radicale differenza tra l'evoluzione del concetto di invalidità nel diritto amministrativo e quella che ha caratterizzato il diritto privato.

Non credo che nel diritto civile vi sia stato un periodo in cui non si sia dato rimedio all'invalidità degli atti. Nel diritto amministrativo, al contrario, il concetto di invalidità e la previsione di un rimedio non hanno sempre rappresentato un binomio inscindibile: sicuro era il concetto di invalidità;

non altrettanto certe erano invece sul piano pratico le conseguenze dell'invalidità del provvedimento amministrativo. Le ragioni di questa *impasse* traevano origine dal canone fondamentale della divisione dei poteri. Il concetto di validità infatti si fondava sul principio (presupposto) di separazione dei poteri, perché una volta separato l'esecutivo dal potere legislativo e riconosciuto il carattere servente del primo rispetto al secondo, la violazione della legge avrebbe *in se* determinato una condizione di illegittimità e quindi di invalidità. L'insussistenza delle conseguenze ripristinatorie dell'ordine legislativo violato, invece, si reggeva precariamente sulla iniziale "immaturità" della divisione dei poteri, che in principio presentava un labile confine fra amministrazione e giustizia e soprattutto non era scortata dalla affermazione della supremazia del potere legislativo.

Ma vi è di più. Tutti gli istituti centrali nell'elaborazione successiva – interesse legittimo e merito amministrativo – e i soggetti a vario titolo inseriti nelle vicissitudini dell'invalidità – privato e giudice amministrativo – saranno conseguenze più o meno dirette dei problemi connessi al principio di divisione dei poteri. Difatti, l'impostazione concettuale poc'anzi descritta muterà con l'avvento del costituzionalismo e con l'assunzione di consapevolezza della centralità dei Parlamenti. Non, quindi, per maggiore tutela del privato, ma per offrire una più salda garanzia al potere legislativo, il principio di legalità stabilirà la piena supremazia del Parlamento rispetto al potere amministrativo, che della legge dovrà essere corretto esecutore. La nascita dell'interesse legittimo risponde a questa logica, perché quello sorge non già come posizione sostanziale utile a legittimare l'accesso alla giustizia dei privati, ma come interesse occasionalmente protetto, ovvero come legittimazione attraverso cui avviare, con un *escamotage*, un processo nel quale il privato diviene solo occasione e strumento di tutela della legalità.

Il discorso potrebbe proseguire evidenziando le ragioni della nascita, dapprima, del contenzioso amministrativo e poi, in forza della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, del giudice amministrativo, che pure sono legate alla volontà di tenere separati i poteri secondo la massima per la quale «*judger l'administration c'est encore administrer*». Allo stesso modo, l'attenzione potrebbe essere calata sull'esigenza di limitare il sindacato giurisdizionale, sulla catalogazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e sulla definizione del merito amministrativo, anch'esse essendo state determinate dalla necessità di evitare che per il tramite del giudizio sull'atto il giudice potesse infrangere la sfera riservata al proprio potere<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Ciò, sia che con A.M. Sandulli si ritenga che l'emergere della figura sintomatica consenta comunque all'amministrazione di provare in giudizio la correttezza del proprio

## i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Eppure, ritengo di dover soffermarmi nuovamente sul fatto che l'invalidità e il "suo" processo non siano nati per proteggere il destinatario del potere amministrativo. È per i più certo che questa concezione, questa visione dell'interesse legittimo come interesse callidamente utilizzato dall'ordinamento per legittimare l'attivazione del processo da parte di "qualcuno" il cui interesse corre parallelo alle ragioni della legge, sia stata superata dalla sostanzializzazione dell'interesse legittimo. Però quella origine non va dimenticata, perché, nell'attuale assetto costituzionale e nell'inverato processo sul rapporto, il privato continua a non essere necessariamente il fulcro della protezione delle norme sulla validità degli atti, ma permane stretto "in un gioco tra altre parti". Di ciò si ha la riprova nell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990. Da quella disposizione esce, infatti, un'invalidità che si direbbe eccentrica, ma che è in realtà coerente con la storia perché, ponendo in relazione gli obiettivi che la legge vuole conseguiti e quelli che l'amministrazione ha concretamente realizzato, essa in realtà attiene ancora una volta ad un rapporto tra legislatore e amministrazione. D'altronde, ragionando *a contrario*, se fosse il privato l'oggetto di protezione delle disposizioni sull'invalidità non si spiegherebbe perché, a fronte di una disposizione che stabilisce il suo diritto di partecipare al procedimento, gli sia precluso l'annullamento di un provvedimento pregiudizievole adottato senza la sua partecipazione.

Il tratto differenziale fra l'invalidità civilistica e quella del diritto amministrativo non sta però solo nell'origine degli istituti – sul tema si tornerà comunque a proposito del concetto di nullità – ma anche nella loro evoluzione.

Invalidità, adempimento, inadempimento e nullità del contratto sono, ben più che nei soli tratti fondativi, ancora gli istituti di centocinquant'anni fa. Nel diritto amministrativo, anche volendo tacere del periodo dell'origine della giurisdizione sull'atto, l'invalidità si plasma continuamente nel suo stesso fondamento teorico e presenta oggi caratteri che solo per tradizione e per desiderio di continuità illustriamo con termini ed espressioni simili a quelli di un tempo. Nel passaggio tra il sindacato occasionale, la censura dei casi più macroscopici di straripamento e l'indagine del cuore più intimo della discrezionalità (che altro è il processo dopo l'art. 21-*octies*, c. 2?), non leggiamo una storia di evoluzione, ma una storia di vera e propria trasformazione, in cui non muta la disciplina dell'invalidità e del sindacato giurisdizionale,

agire, sia che si concluda per la irrimediabile illegittimità del provvedimento in ragione della mera sussistenza della figura sintomatica (nell'ultimo senso, B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Parte generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 985.

ma mutano i concetti stessi nei tratti essenziali con un'intensità sconosciuta al diritto civile.

Il primo tratto che mi pare caratterizzare la trasformazione attiene alla prospettiva attraverso la quale leggerla. Non mi pare dubbio che l'invalidità abbia progressivamente cessato d'essere violazione di un precetto o di un principio, per divenire impulso e strumento di tutela. Essa va dunque rappresentata al positivo anziché al negativo. Ne è dimostrazione la tecnica legislativa della riforma del 2005, che, anziché descrivere il prototipo legale dell'atto e dei suoi elementi essenziali per poi dedurne nullità e illegittimità come violazione di quel prototipo, compie l'operazione inversa, mettendo al centro la patologia e non la fisiologia, avendo cura di disegnare i contorni della tutela individuale più che di punire la violazione della fisiologia legale. In tal senso, appare marcato il solco col diritto civile e con la rappresentazione in chiave negoziale dell'atto amministrativo. Se l'art. 1325 c.c. costituisce il perno su cui ruota il sistema fisiologico del contratto, di cui l'invalidità rappresenta la rottura e la tutela una mera conseguenza, nel diritto amministrativo, il profilo sostanziale diviene accessorio rispetto a quello della tutela tanto che l'ordinamento assegna all'invalidità il ruolo centrale e la rappresenta come condizione della tutela e come nucleo essenziale della positivizzazione dei principi. L'invalidità non serve dunque per punire l'atto concreto che ha tradito le forme ideali, ma per definire modo ed ambito della legittima reazione al potere. È una figura dinamica non una figura di resistenza o la chiave di tenuta del dover essere.

Le considerazioni sin qui svolte, ad un tempo, danno conto della trasformazione del concetto stesso di invalidità dell'atto amministrativo e delle sue specificità. Per poterle calare nel concreto svolgersi dell'attività mi pare tuttavia necessario affrontare alcune questioni soltanto in apparenza ellittiche e slegate tra loro.

La prima attiene ad alcuni dei profili del rapporto tra il diritto sostanziale e il diritto processuale nel diritto amministrativo.

Non è ovviamente questa la sede per tratteggiare, neppure per sommi capi, l'evoluzione dell'interesse legittimo ed il progressivo affermarsi della sua natura sostanziale. Quel che mi interessa richiamare, nella sola misura funzionale al discorso che qui conduco, è che Redenti ha costruito un sistema di diritto processuale ancora oggi accreditato, in cui il processo è "altro" dai rapporti sostanziali ed è fatto di norme e principi diversi ed autonomi rispetto a quelli del diritto sostanziale. Il processo è funzionale alla sostanza, che mira a realizzare e a proteggere, e si caratterizza per avere un diritto (l'azione) del tutto proprio, ancorché ancillare rispetto ai diritti sostanziali.

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

Nel diritto amministrativo la prospettiva è differente, tanto è vero che il diritto d'azione è sostituito, nella sua centralità, dall'interesse a ricorrere, nel quale si manifesta la natura del rimedio giurisdizionale come strumento per accedere ad un'utilità concreta, materiale, in cui si rappresenta un'identità tra posizione sostanziale e posizione processuale del tutto peculiare rispetto al mondo del diritto e del processo civile, in cui i diritti sostanziali ed il diritto d'azione rimangono distinti. Il quadro è ben rappresentato non solo e non tanto dal solco che separa il mondo dell'inesauribilità dell'azione finché i diritti non sono prescritti dal mondo in cui la decadenza processuale non si cura della prescrizione delle posizioni giuridiche sostanziali, quanto dal differente atteggiarsi della legittimazione attiva. Nel diritto processuale civile, quel che conta sono l'affermazione del diritto e la prova della titolarità, senza che all'attore sia domandato di provare il beneficio che attraverso il processo conseguirebbe in capo al diritto stesso. Nel sistema della giustizia amministrativa è invece centrale la dimostrazione dell'effetto concreto favorevole e benefico dell'esito dell'azione. È certamente vero che lo sfondo è rappresentato dalla necessità di non interrompere se non quando indispensabile l'azione di soddisfazione degli interessi pubblici. Quel che qui più interessa, tuttavia, è quel che ne discende: nel diritto processuale amministrativo l'invalidità, che costituisce l'oggetto del processo, non è un concetto statico ma è un concetto essenzialmente dinamico, attraverso il quale si consente al portatore dell'interesse di conseguire l'utilità materiale che il potere amministrativo sostanziale ostacola o realizza. È in questo senso che appare corretta la rappresentazione dell'interesse legittimo offerta da Corletto in una prospettiva ininterrotta tra procedimento e processo come aspirazione ad un'utilità concreta.

Il che ben spiega, in primo luogo, come tutta l'invalidità amministrativa, a differenza dell'invalidità del contratto, non si possa né tratteggiare né comprendere se non nella sua proiezione processuale, come appare vero alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza sull'art. 21-*octies*. In secondo luogo, rende ancor più comprensibile la lucida preoccupazione di Feliciano Benvenuti nel definire il confine tra l'istruttoria nel procedimento e l'istruttoria processuale. Una preoccupazione che riflette il nodo gordiano che ci appare ad oggi di non poter sciogliere. Se l'istruzione probatoria serve per capire se un atto è valido o invalido, è necessario rappresentare cosa è stato fatto prima, cosa è accaduto nel procedimento e nell'istruttoria del procedimento. Solo assumendo che l'istruttoria procedimentale è intangibile da parte del giudice, tuttavia, il concetto di validità o invalidità avrebbe matrice sostanziale, poiché al giudice non resterebbe altro che prenderne atto per stabilire se quanto compiuto corrisponda o meno all'archetipo legale. Una costruzione

di tal segno, tuttavia, marca la distanza tra la protezione della norma violata e la concretizzazione dell'utilità del ricorrente. Se invece il giudice è libero di analizzare nell'istruzione processuale ciò che è stato fatto nell'istruttoria procedimentale, la tutela ha davvero ad oggetto l'uso del potere utile al portatore dell'interesse ma il concetto di validità cessa di essere sostanziale per divenire concetto processuale. Ed è quel che oggi in concreto accade.

Quanto siano distanti il mondo del diritto civile e quello del diritto amministrativo dell'invalidità appare chiaro anche nell'affrontare la questione, centrale nel nostro discorso, della distinzione tra forma e sostanza, tra vizio formale e vizio sostanziale. Si direbbe diffusa la consapevolezza circa l'ingresso del metodo consensuale – tipico del diritto civile – nel procedimento amministrativo, eppure una parte degli interpreti ha fatto riferimento a concetti di forma e sostanza radicalmente diversi da quelli del diritto civile, tanto da farne, nella prospettiva dei linguisti, dei “falsi amici”. È bene allora procedere per gradi.

Il diritto amministrativo si distingue dal diritto civile perché l'atto che esprime tradizionalmente l'uso del potere è immaginato e, in prima battuta, descritto come una manifestazione di volontà unilaterale, imperativa, esecutiva, esecutoria ed inoppugnabile. Al contrario, il diritto privato è il luogo del consenso, perché gli effetti giuridici sono prodotti dall'incontro delle due volontà veicolate nel contratto. La descrizione che precede non è fine a se stessa, ma incide sul concetto medesimo di invalidità. Nel diritto amministrativo “tradizionale”, poiché il provvedimento è unilaterale, tutto ciò che attiene all'invalidità riguarda l'unica volontà, ovvero quella amministrativa; nel diritto civile, invece, l'invalidità del contratto è nella maggior parte dei casi dipendente dal difetto genetico del consenso e ciò anche laddove i vizi si riferiscano in astratto a una volontà sola, perché quella volontà, per produrre gli effetti giuridici previsti, dovrà fondersi con quella dell'altro.

Dal 1990 queste affermazioni sono formalmente vere, ma sostanzialmente sbagliate. Rimane formalmente vero ed impregiudicato il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo, se non altro perché esso ordina, dispone, delibera ed è firmato dall'organo dell'ente. Sennonché, il fatto che il provvedimento sia frutto di un procedimento partecipato attivamente dal privato rende l'atto finale unilaterale per imputazione, ma non unilaterale per formazione della volontà. Nella sostanza, quindi, la volontà dell'amministrazione si forma sulla base dell'apporto e del dialogo con l'altra parte del rapporto amministrativo e, anche laddove l'amministrazione disattendesse le osservazioni del privato, ciò non ripristinerebbe da sé l'unilateralità del procedimento di “costruzione” della volontà. Insomma, quest'ultima rimarrebbe unica nella sua espressione, ma non già nella sua formazione.

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

Si tratta di aspetti essenziali per la definizione del concetto di invalidità. Difatti, dinanzi ad una istruttoria condotta in modo sconveniente, a fronte di un parere sbagliato o ad una falsa rappresentazione della realtà dovuta ad un'allegazione privata errata, l'imputazione dell'invalidità non può più avvenire secondo i tradizionali e consolidati schemi. Nel momento in cui anche il privato partecipa, ciò che conta è il comportamento di tutte le parti (che siano stati o meno consegnati documenti, che si sia presa o meno visione dei documenti) e tutto diventa un gioco di relazione. Ciò fa sì che la validità e l'invalidità del provvedimento dipendano per buona parte dalle regole di quella relazione e dal modo in cui le parti si sono vicendevolmente rapportate. In altro modo, poiché la manifestazione di volontà che si pretende essere viziata non è più unilaterale nella sua formazione, l'invalidità non dipenderà più solo dalla sequenza logica che l'amministrazione ha seguito e dal rispetto delle norme di azione, ma sarà anzitutto patologia del modo in cui è stato condotto il rapporto. Le evidenze del rinnovato approccio emergono, come di consueto, sul versante giurisprudenziale, ove, a tacere dei nuovi contorni dell'eccesso di potere, almeno a far data dal 2012 nelle motivazioni delle sentenze è stato introdotto il principio, tipicamente comportamentale, di buona fede e si è fatto meno sporadico il richiamo agli artt. 1321, 1223 e 1227 c.c.

Ciononostante, ovvero nonostante la rilevanza assunta dalla "logica consensuale" nella formazione della volontà dell'amministrazione, pronunce giurisprudenziali e voci della dottrina hanno impiegato i concetti di forma e sostanza in modo radicalmente diverso rispetto a quanto avviene nel diritto civile. Nel diritto civile, il vizio formale non è mai accostato a difetti informativi o ad elementi che, anche indirettamente, possano incidere sulla formazione della volontà. Nella giurisprudenza amministrativa è invece attratto al mondo della "forma" (e dell'irrilevanza ai fini dell'annullamento) il vizio consistente nella mancata comunicazione di avvio del procedimento e nella conseguente mancata partecipazione del privato al procedimento, ove l'amministrazione dimostri in giudizio che, anche partecipando l'interessato, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente. Ora, è di tutta evidenza che, almeno in principio, la partecipazione attiva del privato inerisce alla formazione della volontà che poi si esprime nel provvedimento. Se non nella sua manifestazione nell'atto e nel segno della sua decisione, almeno nel modo in cui alla manifestazione si giunge. La lettura delle memorie e dei documenti può non mutare la fine della storia, ma certo potenzialmente ne cambia l'intreccio. Questo vizio, che per il diritto amministrativo non è invalidante ed è un vizio formale, nel diritto civile non sarebbe "di forma" ma "di sostanza", incidendo nel modo di forma-

zione della volontà. Nel diritto civile i difetti informativi sono invalidanti. Il concetto di forma nel diritto amministrativo coincide così con quello di sostanza nel diritto civile. Avrò ovviamente modo nelle pagine seguenti di ritornare sul tema, ma quel che mi preme sottolineare fin d'ora è che anche in quest'ottica si confermano la dinamicità e la natura processuale del concetto di invalidità, essendo invalido soltanto l'atto che, al termine della revisione processuale non produce un risultato concretamente utile.

### 3. Tempo, buona fede e diritto europeo

Nella logica del rapporto procedimentale e del mutato quadro di riferimento nella valutazione della validità dei provvedimenti, l'influenza del diritto europeo su quello nazionale è stata in parte determinante. Di quel legame, in via di prima approssimazione, possono essere identificate almeno tre fasi, a cui corrispondono tre diversi rapporti con il profilo dell'invalidità.

La prima fase è quella della totale indifferenza ed estraneità. Basti considerare quanto poco comparisse l'espressione "Comunità europea" nella manualistica degli anni Ottanta del secolo scorso, e come, anche dove vi si facesse ricorso, mai la si collegasse al tema della validità degli atti. A quel periodo ne succedette uno che potremmo definire di "rilevanza per competenza". Il diritto comunitario andò via via divenendo rilevante settorialmente (appalti, concorrenza, aiuti di stato, ambiente). Al di fuori di quegli ambiti espressi, tuttavia, esso non assumeva rilievo determinante. Il procedimento, l'attività in generale e quindi la validità erano i grandi assenti della normativa comunitaria. L'ultimo è invece il periodo della dipendenza, della totale sottomissione. In un siffatto contesto, il parametro domestico di validità e di risultato non è mai nazionale, bensì derivato. La legge nazionale e il nostro legislatore diventano passaggi meno rilevanti: le nuove previsioni dell'ordinamento europeo sul rinvio preventivo interpretativo alla CGUE e la sufficienza, ai fini dell'annullamento di un provvedimento, della incompatibilità anche con norme comunitarie non direttamente vigenti o con i principi, sono la chiara dimostrazione della tendenziale estromissione del legislatore nazionale dal dialogo fra il giudice amministrativo e l'ordinamento europeo.

Ciò chiarito sotto il profilo storico, alcune conferme dell'attualità del rapporto fra il diritto amministrativo domestico e la legislazione europea sono fornite dalla rilevanza assunta dalla buona fede, da un lato, e dal fattore temporale, dall'altro.

Conformemente a quanto si è detto in premessa, quei due istituti presentano un diverso grado di discendenza dal diritto comunitario. Il fattore

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

temporale ha un'origine profondamente comunitaria, anche se Merusi ne ha da tempo evidenziato l'origine addirittura ontologica<sup>8</sup>, e nel concetto comunitario di ragionevolezza il tempo è elemento primario. La buona fede, invece, pur avendo un sicuro legame con il diritto sovranazionale – tanto che la giurisprudenza almeno dal 2012 giustifica l'impiego della clausola generale alla luce del rinvio dell'art. 1, l. n. 241/1990, ai principi comunitari – è fortemente connessa al progressivo adattamento del principio di legittimo affidamento alla ricordata maturazione del concetto di rapporto giuridico plurilaterale in seno al procedimento amministrativo.

Fino a tempi non troppo risalenti, la buona fede è stata impiegata raramente nel diritto amministrativo. A differenza dell'affidamento che tanto rileva per l'esercizio dei poteri di autotutela e in particolare per la revoca, per lungo tempo la buona fede non ha avuto cittadinanza, perché essa si scontrava con un dato di teoria generale. La costruzione dell'interesse legittimo attorno alla pretesa di legittimità dell'azione amministrativa e l'impossibilità di far valere, a fronte di un comportamento legittimo, un affidamento su di un diverso atteggiamento dell'amministrazione sono fattori che hanno ostacolato l'ingresso di un principio, come quello buona fede, che prescinde da ciò che è legittimo o illegittimo (ed anzi è presupposto della legittimità) e che dipende dal comportamento delle parti.

La buona fede ha fatto breccia nel diritto amministrativo, dapprima muovendo i primi e timidi passi nelle gare ad evidenza pubblica e poi venendo riconosciuto e applicato dal Consiglio di Stato nei procedimenti amministrativi *tout court*, in forza dell'evoluzione del procedimento in senso "relazionale" o, come si usa dire, in quanto principio dell'ordinamento comunitario rilevante *ex art. 1, l. n. 241/1990*. Il che nella pratica è determinante non solo perché consente di conseguire utilità processuali minori – ad esempio, l'imputazione delle spese del processo all'amministrazione che aveva tergiversato nel rilasciare certe informazioni – ma perché talvolta è diretto parametro per la sanzione dell'invalidità.

I principi del diritto europeo hanno poi influenzato il diritto amministrativo domestico anche sotto il diverso profilo del fattore temporale. Al fine dell'adozione dei provvedimenti di annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies, l. n. 241/1990*, il tempo non rileva più solo come indice della "ragionevolezza" del suo decorso, ma è stato anche quantificato per i provvedimenti autorizzatori e per quelli attributivi di vantaggi economici. Il che è determinante per il tema che stiamo trattando: se decorre il tempo, perché esso è irragionevolmente lungo o perché sono stati superati i diciotto mesi,

<sup>8</sup> F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

diviene saldo il provvedimento che pretendo di annullare e illegittimo diviene l'atto con cui annullo.

#### **4. Ibridazione dei presupposti, invalidità e valore differenziato degli interessi**

Tra le vicende incidenti sul concetto di invalidità meritano centralità i temi della “ibridazione dei diritti”, della decostruzione dei concetti tradizionali (merito e legalità) e della diversificazione degli orientamenti giurisdizionali in base alla materia e al tipo di interesse pubblico coinvolto.

Il tema dell'ibridazione fra modelli unilaterali e consensuali è troppo ampio per poter essere utilmente descritto in questa sede e pertanto conviene muovere per esempi. Il primo riguarda il regime degli appalti pubblici, la cui vicenda viene da tutti caratterizzata per essere distinta in due fasi; l'una va dalla delibera fino alla stipulazione; l'altra abbraccia tutto ciò che segue la stipulazione del contratto. La prima fase è tradizionalmente descritta come un tipico procedimento amministrativo (ad evidenza pubblica), tanto che l'art. 30, c. 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, impone l'applicazione della l. n. 241/1990. Data la dimensione pubblicistica della fase precontrattuale, nelle articolazioni procedurali (fase di delibera, di scelta del contraente e di aggiudicazione) si afferma la sussistenza di poteri unilaterali dell'amministrazione e conseguentemente di interessi legittimi, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo.

Onestamente, credo che questa scansione, “pubblico prima” e “privato dopo”, sia oramai insostenibile sotto il profilo concettuale e pratico. Negli appalti pubblici il privato ha sempre partecipato con l'offerta, spesse volte (oggi è la regola) presentando assieme al profilo economico una proposta progettuale e tecnica. In questi procedimenti pertanto l'amministrazione non ha mai operato unilateralmente né tantomeno potrebbe farlo oggi, tenuto conto che l'evidenza pubblica nel d.lgs. n. 50/2016 è composta da istituti e fasi che stabiliscono un dialogo continuo fra l'aggiudicatore e gli appaltatori economici (si pensi al soccorso istruttorio, al giudizio di congruità offerta, alle istanze di accesso, ai chiarimenti, al dialogo competitivo, alla procedura competitiva con negoziazione). In buona sostanza, sebbene sia lecito continuare a definirlo procedimento ad evidenza pubblica, in realtà quello con cui si ha a che fare è assai simile ad una vera e propria trattativa precontrattuale, tanto è vero che la giurisprudenza ne applica i principi (responsabilità precontrattuale, buona fede, correttezza). Il che peraltro mi induce a ritenere che la distinzione tra la fase dell'evi-

## i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

denza pubblica e quella del contratto sia oggi concettualmente difficile da giustificare.

Quanto precede ha un'estrema rilevanza sul piano dell'invalidità. Basti pensare al tema dello scioglimento del contratto, in relazione al quale solo dopo anni di giurisprudenza e l'intervento della adunanza plenaria 20 giugno 2014, n. 14, si è compreso – personalmente mi permangono dubbi sulla soluzione giurisprudenziale – che l'invalidità non fosse quella della revoca, ma quella del recesso. Ancora, se i chiarimenti condizionano l'esecuzione e l'esecuzione è fatta in attuazione di quei chiarimenti, od anche se nel dialogo competitivo il regolamento negoziale è stato elaborato da entrambe le parti contrattuali, quali sono i canoni della validità e invalidità? Quelli del diritto dei contratti o quelli del diritto amministrativo? Una risposta certa non può darsi, perché nei sistemi ibridi privi di relè giuridici tutto è possibile.

Vi è poi da rilevare che il tema dell'ibridazione e delle conseguenze sulla validità è tanto più diffuso quanto è più diffusa l'attività amministrativa nella materia economica che di regola dovrebbe essere disciplinata dal diritto privato. A tal fine, sia consentito ricordare che il paradosso di questo sistema è rappresentato dalla attività economica bancaria, della quale non si sa più se sia amministrativa o privata, non si sa quali siano i suoi parametri di valutazione.

Ciò detto, anche l'evoluzione (*rectius*, la decostruzione) di alcuni concetti tradizionali del diritto amministrativo (merito e legalità *in primis*) ha avuto dirette conseguenze sui confini medesimi dell'invalidità.

Le vicissitudini del merito sono note e sono state drasticamente segnate dal diverso atteggiarsi dei tre poteri. Ad un legislatore che si esprimeva con norme puntuali si affiancava un giudice “*bouche de la loi*” il cui giudizio era limitato al controllo “formale” del discostamento dalla legge. Ad una legge che si è poi espressa sempre di più attraverso principi si è accostata una tecnica di sindacato più penetrante, quella dell'eccesso di potere, che, essendo anzitutto un metodo di controllo della discrezionalità e della ragionevolezza, ha inciso sull'alterità tra potere giurisdizionale e amministrativo. Eppure, ciò che si tradurrà poi nella crisi del merito amministrativo non è che uno degli episodi di decostruzione, perché questa ha interessato anche il principio di legalità. In origine il principio di legalità implicava che un comportamento dovesse essere *perfettamente* corrispondente alla legge. Oggi, la moltiplicazione e la diversificazione delle fonti di produzione presupposte (si pensi alle, seppur “passeggere”, linee guida dell'ANAC) è tanta e tale da aver fatto perdere centralità alla legge, con la conseguenza che al principio di legalità è andato sostituendosi quella che Cassese chiama «regola del diritto»: l'azione amministrativa deve avere una regola giuridica preesistente

che la legittimi, ma dove stia la regola, quale ne sia la natura e quale sia il grado della fonte non sono più dati centrali. Ed allora nella separazione dei poteri muta anche il ruolo del giudice, che non è più difensore della legge e censore della violazione della legge, ma tutore di regole che possono essere qualificate solo temporalmente come degli antecedenti conformativi dell'azione amministrativa.

Il percorso di decostruzione termina con la confusione fra norma e principio.

Vi è stato un tempo in cui la differenza è stata centrale e di ciò se ne ha testimonianza nella corrispondente distinzione fra violazione di legge ed eccesso di potere. L'art. 1, l. n. 241/1990, ha posto in crisi quel modello di riparto, perché con esso il legislatore ha normativizzato, solo per citarne alcuni, i principi di efficacia, economicità, trasparenza, nonché quelli comunitari. Il dato potrebbe dirsi da alcuni irrilevante, perché, che l'infrazione del principio rientri nella violazione di legge o nell'eccesso di potere, ciò non muterebbe l'esito dell'illegittimità dell'atto. Nella pratica però quella distinzione non è affatto irrilevante, perché mentre la violazione di legge prevede l'analisi della "secca" violazione di una norma, l'eccesso di potere apre al diverso e più penetrante sindacato sulla discrezionalità. La verità è allora che l'ordinamento sta volgendo verso un nuovo sistema di legittimità, in cui l'immissione del risultato nella legittimità e del principio nella norma di legge fa sì che la distinzione tra i due vizi abbia ormai significato sui soli piani terminologico e storico.

*A latere* del descritto fenomeno di omologazione o quantomeno di omologazione dei vizi, si assiste ad un moto eguale e contrario sul piano del tipo di controllo giurisdizionale, che appare in crescente diversificazione a seconda della materia su cui è radicata in concreto la controversia. Solo per fare qualche esempio si pensi che il controllo giurisdizionale sulla validità nel diritto degli appalti, è diverso da quello svolto nelle materie dell'ambiente, dell'urbanistica e, specialmente, della sanità, ove la presenza di diritti fondamentali mal tollera qualsiasi forma di limitazione. Per scendere più nel dettaglio basterebbe considerare l'assenza di uniformità del sindacato sulle valutazioni tecniche, che Sigismondi dimostra essere per buona parte dovuta alla prevalenza della «sensibilità per le esigenze legate alla materia» rispetto all'attenzione per la «coerenza di sistema». Tuttavia, per rendersi conto del fenomeno è opportuno circoscrivere ancora più la prospettiva. Un settore specifico come quello dei contratti pubblici fornisce diretta prova di quanto si è affermato, la cui evidenza, per ragioni di sintesi, non può qui essere fornita che per sintomi. Si consideri allora una peculiare vicenda legata all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990. La disposizione prevede un sindacato che non

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

ha limiti ulteriori a quelli legali previsti dalla disposizione medesima, eppure, quando la giurisprudenza è chiamata a conoscere della materia degli appalti, essa esclude che nei procedimenti ad evidenza pubblica possa trovare applicazione la previsione in commento. Non vi è una norma che giustifichi quello che nei fatti è un autovincolo giurisprudenziale, ma certo è che esso, al contempo, assicura e contraddice la minore invasività che alcuni reclamano affinché il giudice amministrativo non costituisca un ostacolo allo sviluppo economico. La assicura in astratto perché, evitando di ripetere l'istruttoria e di avocare a sé la decisione sul diverso contenuto provvedimento, si astiene da un controllo di merito; la contraddice in concreto, perché la logica del c. 2 dell'art. 21-*octies* è proprio quella di contenere gli esiti caducatori del sindacato amministrativo.

L'ottica distonica dell'approccio del giudice amministrativo può essere letta in uno all'ampliamento del numero di interessi pubblici. A tal riguardo, è bene evidenziare un dato noto ed uno meno scontato. Il primo attiene all'essenza stessa del diritto amministrativo, ovvero l'intreccio ed il confronto fra l'interesse pubblico e l'interesse individuale. L'interesse pubblico non esiste in se stesso, ma è una creazione formale: è tale quell'interesse a cui la legge attribuisce speciale *status*. E quello è ontologicamente preponderante sull'interesse del privato, non fosse altro perché per la sua soddisfazione è conferito un potere che, anche laddove sia "attributivo di vantaggi", valuta sempre, secondo un rapporto verticale, la compatibilità dell'interesse privato rispetto a quello pubblico. Il secondo dato è invece più interessante perché è volto ad evidenziare non già il profilo qualificatorio, ma l'aspetto "quantitativo". L'interesse pubblico non esiste al singolare, perché vi sono in realtà una pluralità di interessi pubblici, che possono persino essere in conflitto tra loro (si pensi, solo per citare alcuni noti esempi, alle coppie sviluppo economico-ambiente e finanza pubblica-sanità).

Il fenomeno ha però una dimensione più dinamica.

Differentemente da quanto si è talvolta portati a credere, la riduzione della sfera pubblica rappresenta una legittima visione, ma non descrive il vero stato delle cose, perché gli interessi pubblici sono in continua espansione. Il che impone di riconsiderare l'ambito di estensione dell'invalidità. La diffusione (in senso tecnico) degli interessi pubblici aumenta infatti le istanze di tutela, perché nello Stato sociale la moltiplicazione degli incontri fra amministrazione e privato (un sorprendente ritratto della «presenza capillare» è fornito da Marco Cammelli ne «*La pubblica amministrazione*») fa sì che il potere non sia più un fatto episodico, ma una costante quotidiana; al contempo l'aumento degli interessi pubblici di prestazione richiederebbe di abbandonare le generalizzazioni, perché altro sono le invalidità degli interessi

pubblici d'ordine e altro sono le invalidità legate a provvedimenti connessi a prestazioni sociali.

Sullo sfondo delle differenziazioni si pone anche un ultimo tema, che è quello delle divergenze della giurisprudenza dal precetto normativo.

Se per il civilista le norme sulla fisiologia e sulla patologia sono un *prius* e l'interpretazione è qualcosa che viene dopo, sul crinale del diritto amministrativo lo stato delle cose è diverso. Fino al 2005 è mancata una disposizione che regolasse l'invalidità degli atti. Quel vuoto in realtà non è mai stato tale, perché l'opera giurisprudenziale lo ha progressivamente riempito. D'altronde, è la storia stessa del diritto amministrativo ad essere diversa da quella del diritto civile, perché il primo ha una originaria matrice pretoria ed è stato edificato sulle solide fondamenta tracciate dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Nel 2005, come noto, il legislatore di riforma della l. n. 241 introdusse l'art. 21-*septies* (nullità del provvedimento), l'art. 21-*octies*, c. 1 (annullabilità), c. 2 (casi di non annullabilità), e l'art. 21-*nonies* (sanatoria e annullamento d'ufficio). I primi commentatori diedero poco rilievo all'intervento, perché di fatto il legislatore aveva replicato, positivizzandoli, gli arresti giurisprudenziali fino a quel tempo maturati e consolidati. Ciò che però in origine sfuggì era che l'esplicitazione per via legislativa degli approdi della giurisprudenza avrebbe potuto bloccarne l'evoluzione e limitare la capacità del diritto amministrativo di rinnovarsi rapidamente (e più velocemente del diritto civile) attraverso la successione dei *revirement* pretori.

Può così essere anticipata un'impressione che troverà conferma nell'analisi più puntuale sul tema della nullità e dell'annullabilità. A fronte di una riforma non necessariamente banale nelle conseguenze sul piano sistematico, ad essere ancor meno scontata è stata la reazione giurisprudenziale, che mi pare sia andata nel senso del superamento del dato positivo o quantomeno del suo impiego in modo marginale e diverso da quanto esplicitamente prescritto dal legislatore e da un assetto normativo che si è rivelato tutto sommato poco rilevante (sotto il profilo della nullità) ed in parte critico (sotto il profilo del rapporto annullabilità-non annullabilità)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> A. Corpaci, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 674, giustamente osserva che «quando, però, nel 2005 il legislatore canonizza la categoria della nullità, senza peraltro precisarne il regime, dottrina e giurisprudenza sono chiamate a fare i conti con il precedente modo di concepirla e ricostruirla nel più generale quadro della invalidità dell'atto amministrativo».

## 5. La natura della nullità e le sue manifestazioni

Con queste premesse può prendere avvio un discorso più noto. Nella l. n. 241/1990 esistono due norme che riguardano l'invalidità, l'art. 21-*septies* e l'art. 21-*octies*, che stabiliscono che la patologia dei provvedimenti amministrativi può assumere due forme: quella della nullità e quella dell'annullabilità-illegittimità.

Come nel diritto civile, è tradizione manualistica dire che la nullità rappresenta il caso più grave di invalidità, perché attiene ad un provvedimento fortemente distonico rispetto all'ordinamento giuridico ed ai suoi valori, mentre l'annullabilità si riferisce ad ipotesi di illegittimità meno gravi<sup>10</sup>.

Altra affermazione tradizionale è quella secondo la quale, rispetto al diritto civile, si ha un'inversione nel rapporto tra regola ed eccezione. Nel diritto civile, è vero, l'annullabilità è categoria speciale e sussiste soltanto nelle ipotesi previste dalla legge, mentre la nullità rappresenta un'invalidità, per così dire, "di chiusura". Nel diritto amministrativo, si afferma, la regola e l'eccezione si invertono, perché è la nullità ad operare nei soli casi tassativamente previsti.

L'affermazione lascia oggi perplessi. La definizione infatti non è del tutto corretta già nel termine di paragone. Nel diritto civile, infatti, non è vero il binomio nullità-categoria generale e annullabilità-categoria speciale, perché tutto dipende dal tipo di atto preso in considerazione. Nel contratto quel rapporto è certo ed evidente, ma nelle delibere delle società per azioni le cose stanno diversamente: la causa generale è l'annullabilità e la nullità non opera sostanzialmente mai, perché i casi di nullità sono piuttosto ipotesi di inesistenza dell'atto giuridico. Il dato che mi pare maggiormente problematico è però un altro. Il rapporto regola-eccezione presuppone che sussista un archetipo normativo. Fino al 2005 non vi era nessuna norma che si occupasse di illegittimità o di nullità, perché la definizione di quelle categorie è stata a lungo prerogativa giurisprudenziale; e nell'elaborazione pretoria non solo sono mancate sicure qualificazioni – si pensi che all'origine lo sviamento di potere non era definito né come illegittimità né come nullità – ma, per di più, l'interpretazione era soggetta ad una continua evoluzione giurisprudenziale.

Già prima del 2005, analizzando le sentenze che si occupavano di nullità, non era più dato riconoscere il concetto di nullità della tradizionale

<sup>10</sup> L'affermazione, assai diffusa, è comunque riferibile a quella che D. Corletto, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, Padova, Cedam, 2007, 65 s., descrive come «nullità-sanzione» e non alla «nullità-evidenza».

manualistica precedente<sup>11</sup>. Ad esempio, il difetto del provvedimento posto in essere da un'amministrazione differente da quella a cui è attribuito il potere, era da tempo retrocessa dall'ipotesi dell'incompetenza assoluta a quella dell'incompetenza relativa.

A fronte di un siffatto scenario, credo che quel rapporto sia ancora più difficile da definire dopo la riforma del 2005. Vero è che l'art. 21-*septies* indica tassativamente quattro ipotesi di nullità, ma è altresì innegabile che anche i tre vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) sono recepiti dall'art. 21-*octies* in un elenco che appare oggi altrettanto tassativo. Certamente si potrebbe affermare che attraverso la violazione di legge e l'eccesso di potere l'annullabilità copra ipotesi non tipizzabili, ma, come si vedrà, anche la nullità copre casi residuali di difficile individuazione.

La storia della nullità del provvedimento è infelice per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, essa è stata per troppo tempo rappresentata come una manifestazione di un concetto generale di nullità di matrice civilistica; in secondo luogo, essa, pur essendo stata tratteggiata come la più grave delle forme di invalidità, è stata a lungo assistita da un regime processuale debole e, in fondo, inefficace.

Mi pare, poi, che l'introduzione dell'art. 21-*septies* abbia aggiunto un ulteriore criticità nel tentativo di apparentamento con la nullità civilistica<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> È vero però che la dottrina del XXI secolo ha, essa sì, profondamente mutato il contesto scientifico di riferimento e strutturato un percorso di analisi della nullità del provvedimento amministrativo più libero dai canoni del diritto privato, come dimostrano gli studi di A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002; A. Buonfino, *La disciplina della nullità provvedimentoale nel sistema amministrativo tedesco: spunti per un'analisi di diritto comparato*, in *Dir. amm.*, 2014, 777 ss.; M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012; R. Cavallo Perin, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 615 ss.; R. Chieppa, *Art. 21 septies. Nullità del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*<sup>2</sup>, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 1115 ss.; A. Corpaci, *Osservazioni minime sulla nullità*, cit., 673 ss.; M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; C.E. Gallo, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43 ss.; Id., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637 ss.; F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010; G. Morbidelli, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 662 ss.; N. Paolantonio, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 855 ss.; M. R. Spasiano, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell'atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 631 ss.

<sup>12</sup> Un'attenta e recente dottrina ha osservato «come la formulazione dell'art. 21 *septies*, per quanto sintetica e non esaustiva, costituisca un punto nodale della riflessione sul tema dell'invalidità in quanto sancisce il definitivo superamento della ricostruzione dogmatica del-

## i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Nel diritto civile dei contratti, la disciplina della nullità è sì tratteggiata, per così dire, al negativo, come punizione della mancanza di un elemento essenziale dell'atto o come violazione di norme imperative di legge, ma essa è comunque ancillare rispetto alla definizione (al positivo) degli elementi essenziali. Nel diritto amministrativo, la riforma del 2005 ha invece tralasciato la fisiologia (gli elementi essenziali del provvedimento) e ha positivizzato la patologia (la nullità in ragione della loro mancanza)<sup>13</sup>. Al contempo, non si è corretto il paradosso per il quale alla nullità, alla forma più grave di violazione, consegue una protezione processuale più debole, priva della potente tutela cautelare avverso l'illegittimità (almeno a rigore, visto che la giurisprudenza, saggiamente tanto quanto forzatamente dal punto di vista dogmatico, ha in parte corretto l'errore) e (ancora a rigore) del vigore demolitorio della sentenza d'annullamento.

Prima di analizzare questi ultimi profili è comunque necessario anticipare una convinzione che muove sul piano prettamente teorico-dogmatico e che sarà utile a fissare un ulteriore elemento di divergenza fra il diritto amministrativo e quello civile.

Ebbene, sono persuaso del fatto che “il problema” della nullità nel diritto amministrativo stia, per così dire, all'origine: è l'ontologia della nullità ad essere in dubbio nel diritto amministrativo. I pochi casi di nullità immaginabili sono infatti riconducibili all'ambito dell'inesistenza radicale dell'atto, aderendo personalmente e senza riserve a quanto hanno sostenuto Villata e Ramajoli<sup>14</sup> ed alla loro affermazione della «differenza fondamentale tra la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica (inesistenza) e quella dell'atto rilevante cui è applicata la sanzione della nullità».

Questa mia convinzione nasce dall'adesione all'impostazione concettuale che non riconosce alcuna dipendenza, nemmeno storica, del diritto amministrativo dal diritto civile. Tra le conseguenze derivanti dall'adesione alla visione di Houriou ve ne è una qui determinante che si pone sul fronte dell'integrazione normativa delle lacune del diritto amministrativo con l'applicazione analogica delle norme del diritto privato. La rilevanza di quanto si è detto è facilmente comprensibile se si considera che l'avvi-

la nullità in termini mutuati dalle riflessioni privatistiche che tanto a lungo hanno influenzato l'elaborazione dell'istituto in ambito amministrativo». Così, V. Sessa, *Le nullità sopravvenute del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 52.

<sup>13</sup> Ha dunque ragione R. Cavallo Perin, *Validità del provvedimento*, cit., 618, quando definisce sostanzialmente errato ed inutile ogni parallelo tra la nullità civilistica e quella del provvedimento.

<sup>14</sup> R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*<sup>2</sup>, Torino, Giappichelli, 2017, 381.

cedamento delle previsioni legislative sulla invalidità del provvedimento amministrativo (dapprima assenti e poi dal 2005 presenti ma insufficienti) non ha risolto ogni questione, con la conseguenza che aderire alla prima o alla seconda delle due teorie sopraccitate significa in realtà anche decidere, di fronte alle poche previsioni normative, se trovino applicazione le norme del codice civile in tema di annullabilità e nullità. Un dato questo per nulla scontato, tenuto conto che il rinvio ai principi civilistici sulla nullità, se parrebbe dovuto per il legislatore del 2005, non lo è altrettanto nell'attuale e frastagliato panorama giurisprudenziale<sup>15</sup>, ove appaiono formule – come quella della “super-annullabilità”<sup>16</sup> – forse emblematiche di una diversa scelta teorica operata a monte. E allora, se di scelta si tratta, è bene esplicitare che la premessa che credo preferibile è ancor più radicale dell'assenza di parentela fra la nullità amministrativistica e quella civilistica. Ritengo, cioè, che la cosiddetta nullità del diritto amministrativo non sia in alcun modo concettualmente riconducibile alla nullità civilistica. Il che non cambia, ed invece rafforza, la conclusione per l'inapplicabilità delle disposizioni del diritto civile in materia.

Quanto precede può aiutare a confermare l'*impasse* in cui cade chi propugni la tesi dell'equivalenza tra la nullità amministrativistica e quella civilistica (da cui la prima dovrebbe originare) ogni volta in cui si debba riconoscere che l'esecutività del provvedimento amministrativo è incompatibile con il paradigma dell'incapacità radicale dell'atto nullo di produrre effetti giuridici. *Impasse* a cui spesso ci si illude di poter rimediare coniando espressioni evocative ma prive di vero contenuto. Mi riferisco, ad esempio, ai cosiddetti “effetti interinali” che l'atto nullo produrrebbe, quasi che, proprio perché “interinali”, fossero in sostanza diversi dagli “effetti definitivi” o fossero caratterizzati da un differente grado di invasività della sfera giuridica soggettiva del destinatario del provvedimento.

Può essere osservato quindi con maggiore serenità uno dei problemi poc'anzi evocati in relazione alla nullità disciplinata dall'art. 21-*septies*. Faccio riferimento al fatto che alla più grave delle violazioni è stata a lungo accordata la protezione più debole. Ciò che più rileva non è già il paradosso processuale, che pure poteva essere risolto (come poi in parte avvenuto nel codice del processo amministrativo), ma l'origine stessa di tutto il problema.

Nel diritto privato, il contratto nullo non produce effetti, né in diritto né in concreto, così che, non solo chi lamenta la nullità può ben non adem-

<sup>15</sup> Ben descritto da T. Bonetti e A. Sau, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 271 ss.

<sup>16</sup> Cons. reg. sic., sez. giurisd., 27 luglio 2012, n. 721.

## i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

piere alle obbligazioni assunte mantenendo un atteggiamento del tutto passivo senza temere alcunché, ma soprattutto la sentenza meramente dichiarativa può intervenire efficacemente anche a distanza di tempo, certificando il nulla che è accaduto. Diverso è a dirsi per il diritto amministrativo, perché la “sanzione” della nullità è sì, al pari al diritto civile, quella astrattamente più forte – il provvedimento nullo è di per sé *tamquam non esset*, ovvero improduttivo di effetti – ma in concreto, prima ancora che con i *deficit* processuali, la sua efficacia si scontra con i risvolti pratici della esecutività e della esecutorietà del provvedimento<sup>17</sup>. La mancata ottemperanza del proprietario di un immobile, su cui pende un’ordinanza di riduzione in pristino, legittima l’amministrazione ad eseguire coattivamente l’ordine di demolizione. Qualora il provvedimento sia poi dichiarato nullo, la genetica improduttività degli effetti *giuridici* si scontrerebbe con il diverso esito della vicenda sul piano *materiale*<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Ha ragione M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, 264, quando afferma che «sono le ragioni dell’autorità a determinare lo sfasamento tra invalidità ed efficacia».

<sup>18</sup> In tal senso, l’affermazione di D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2014, 418, in ragione della quale la nullità dell’atto amministrativo lo rende inefficace, così che ogni attività che ne consegue è giuridicamente ingiustificata, mi pare dogmaticamente ineccepibile ma non pienamente soddisfacente a descrivere la materiale capacità dell’atto a modificare realtà e sfere giuridiche soggettive.

Posizioni vicine a quelle di Sorace ha assunto, prendendo le mosse dall’insegnamento di Giovanni Miele, A. Corpaci, *Osservazioni minime sulla nullità*, cit., 682 ss. Nell’analisi della giurisprudenza amministrativa che ha affermato “l’efficacia interinale” del provvedimento nullo, l’A., con un percorso di assoluto rigore metodologico, mette in guardia dal rischio che si corre ricostruendo teorica e sistemazione generale dell’invalidità partendo dalle conseguenze (tutela ed effetti). Il percorso è lineare, poiché Corpaci è convinto che «la previsione inserita nel codice del processo amministrativo non metta in discussione le ragionevoli conclusioni su cui si era attestata in precedenza quella dottrina che predicava per il provvedimento amministrativo identità di regime rispetto al negozio di diritto privato, in particolare la improduttività di effetti disposta dal codice civile quale regola per il contratto nullo» (687). Ciò, ribadendo che anche la relazione tra gravità dei vizi e “tipi” di invalidità non possa che presentarsi in eguale modo nel diritto privato e nel diritto amministrativo.

A mio avviso, è tuttavia legittimo anche un *iter* logico, per così dire, induttivo, che, prese le mosse dal dato di fatto che l’imperatività e l’esecutorietà del provvedimento producono sostanzialmente e materialmente effetti, conduca ad affermare che la nullità del provvedimento non può che essere “altro” da quella del contratto. Ciò, non perché sia falso quel che afferma Corpaci, ma anzi perché è senz’altro vero: nel diritto dei contratti, nullità ed inefficacia radicale sono inscindibili.

Del resto, volendo onorare il rigore interpretativo, qualora si dovesse ritenere l’atto amministrativo nullo incapace in radice di produrre effetti, dovrebbe giungersi, sul piano processuale, ad affermare l’inutilità (e, prima ancora, l’inammissibilità logica) di quei prov-

All'elemento logico ora descritto si aggiungeva in passato la difficoltà di immaginare, sul piano astratto, una tutela al contempo efficiente e rispettosa dei dogmi teorici. L'incapacità di produrre effetti dell'atto nullo avrebbe impedito infatti la sostituzione del diritto soggettivo con l'interesse legittimo, con la conseguente necessità di adire il giudice ordinario e con tutte le implicazioni che ciò avrebbe comportato sul piano dei poteri del giudice. Inoltre, anche laddove la controversia fosse stata ritenuta correttamente radicata in capo al giudice amministrativo, la presenza, nel processo amministrativo di un tempo, della sola misura cautelare della sospensiva avrebbe (e ha) nei fatti ostacolato la domanda di tutela dinanzi a provvedimenti qualificati dalla parte ricorrente come nulli, apparendo logicamente contraddittorio sospendere gli effetti di un atto che di effetti (sul piano giuridico) non può produrne. Nel 2010, con l'adozione del codice del processo amministrativo, il legislatore ha risolto il paradosso, ma la soluzione, se è consentito, ha confermato la "finzione giuridica" della nullità del provvedimento, come dimostra la sostanziale equivalenza tra il processo sulla nullità e quello sull'annullabilità.

Peraltro, la vicenda, per come la si è sin qui descritta, è osservata dal punto di vista formale della progressione degli interventi legislativi. L'approccio tralascia però un dato sostanziale ben più determinante. Per dare tutela al privato, la giurisprudenza, in un'opera progressiva ma inarrestabile, aveva avviato già ben prima del 2010 l'erosione del contenuto del concetto di nullità, riconducendo sempre più decisamente le ipotesi tradizionali di nullità all'ambito proprio dell'illegittimità. Si badi, come si è già anticipato,

vedimenti cautelari che l'ordinamento legittima per arrestare gli effetti del provvedimento nelle more del giudizio. Il che, sul piano (certo solo conseguente) della tutela, renderebbe la posizione del ricorrente assai più precaria nell'ipotesi di nullità di quanto non accada nell'ipotesi di illegittimità.

Mi pare, tuttavia, che ci sia di più. Nemmeno nel diritto civile è certo che il contratto nullo sia insuscettibile di produrre effetti, sol che si consideri che produce effetto, ad esempio, se la prestazione effettuata non può essere restituita (nel caso in cui l'azione di ripetizione sia prescritta, ad esempio).

Ad avviso di V. Sessa, *Le nullità sopravvenute*, cit., 52, la previsione esplicita di altre e diverse nullità «induce a riconsiderare la nullità dell'atto amministrativo come istituto del tutto particolare, non speculare a quello proprio dell'ambito civilistico, in quanto finalizzato a tutelare interessi e rapporti estranei all'ambito privatistico».

Peraltro, per comprendere l'inefficacia della tutela del privato nei casi di invalidità mi pare assai significativo anche quanto affermato da C. E. Gallo, *Questioni attuali sulla nullità*, cit., 49: «[...] già si è osservato come in molti casi la disciplina della nullità sia stata introdotta non tanto al fine di salvaguardare i rapporti tra l'amministrazione e i terzi quanto al fine di salvaguardare l'amministrazione dalla sua stessa attività».

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

l'opera evolutiva della giurisprudenza è proseguita anche dopo l'intervento del legislatore del 2005, che con impeto qualificatorio ha classificato i casi di nullità del provvedimento amministrativo. Lo studio della giurisprudenza sulla nullità dimostra plasticamente come alla difficoltà di "riconoscere" le cause di nullità tipizzate si sia affiancata una ben più significativa tendenza a non fare affatto applicazione di quella disposizione.

Il caso più illuminante è quello della nullità conseguente alla mancanza degli elementi essenziali del provvedimento, che fa emergere le contraddizioni di una costruzione in chiave negoziale dell'atto amministrativo<sup>19</sup>.

Si è detto che il legislatore del 2005, positivizzando la patologia (l'invalidità-nullità), non ha previsto alcunché sulla fisiologia del provvedimento, non avendo identificato gli elementi essenziali del provvedimento in una norma di contenuto analogo all'art. 1325 c.c. Il diritto amministrativo ha però una certezza nei principi di tipicità e nominatività del potere, così che è la legge che prevede un potere a stabilirne al contempo i presupposti ed il contenuto. Il legislatore del 2005, incline al parallelismo con il diritto civile, ha imposto di ricercare nel provvedimento amministrativo (talvolta infruttuosamente) requisiti equivalenti a quelli descritti dall'art. 1325 c.c. Sebbene la scelta di non prevedere nella l. n. 241/1990 una disposizione espressa di definizione degli elementi essenziali dell'atto sia stata da autorevoli voci della dottrina ritenuta saggia e virtuosa<sup>20</sup>, io ritengo invece che essa abbia poi (e di tutta conseguenza) disperso la coerenza giurisprudenziale nella più ampia frammentazione interpretativa, laddove la mancanza di un medesimo elemento nel provvedimento ha condotto talvolta ad affermarne la nullità, talaltra l'annullabilità, talaltra ancora l'inesistenza e persino la mera irregolarità.

Paradigmatica è la vicenda della mancanza dell'oggetto del provvedimento amministrativo. Se si ritiene che l'oggetto del provvedimento sia il bene materiale su cui il potere si esercita (l'edificio da demolire, ad esempio), non si può tacere il fatto che la giurisprudenza ha spesso ritenuto possibile la sua corretta individuazione successivamente all'adozione dell'atto. Qualora, invece e con maggiore rispetto dell'evoluzione della dottrina civilistica,

<sup>19</sup> Ancora a V. Sessa, *Le nullità sopravvenute*, cit., 113 ss., si deve l'organica ricostruzione della tematica degli elementi essenziali dell'atto nella prospettiva di una loro (dubbia) rilevanza ai fini dell'individuazione dei caratteri della nullità del provvedimento.

R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 403, lucidamente rilevano come i casi che tradizionalmente vengono ricondotti a questa ipotesi di nullità attengono ad atti che difettano in radice dei caratteri indispensabili per affermare l'esistenza stessa del provvedimento in quanto tale.

<sup>20</sup> L. Mazarroli, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 546 ss.

lo si faccia coincidere con la “prestazione”, nel provvedimento esso fatalmente finisce per consistere nel potere esercitato e la sua mancanza determina l'inesistenza radicale, non la nullità, del provvedimento. In soccorso viene talvolta quella giurisprudenza (TAR Lombardia, sez. II, 22 aprile 2005, n. 855) che afferma che le categorie della nullità per mancanza o illiceità dell'oggetto siano insuscettibili di trovare applicazione, perché se l'oggetto è radicalmente indeterminabile il provvedimento è inesistente e se l'oggetto è illecito allora si è dinanzi ad un tipico caso di eccesso di potere e quindi ad una illegittimità.

Quanto alla causa le divergenze dal diritto civile mi paiono ancora più evidenti. Nel diritto amministrativo infatti la causa è il fine pubblico perseguito e la sua illiceità o la sua mancanza dovrebbero portare all'inesistenza radicale dell'atto; a tacersi poi del fatto che lo sviamento dal fine istituzionale dovrebbe essere sanzionato per eccesso di potere e perciò il provvedimento sarebbe “soltanto” annullabile.

Ora, comprendo bene quel che potrebbe opporsi alle considerazioni sin qui svolte tanto da chi, forte anche delle considerazioni di una parte della dottrina civilistica, consideri un errore la distinzione tra nullità ed inesistenza, quanto da chi, sull'opposto versante, non ritenga neppure ipotizzabile nel diritto amministrativo il concetto di inesistenza giuridica del provvedimento. Non può ovviamente essere questo il luogo per trattare di argomenti tanto complessi di teoria generale del diritto. Mi limito quindi a dichiarare come io ritenga, per un verso, che nullità ed inesistenza siano figure giuridiche esistenti ed incompatibili tra loro (la prima presupponendo appunto “l'esistenza” di un atto che possa poi essere valutato invalido) e, per altro verso, che l'inesistenza del provvedimento amministrativo sia configurabile tutte le volte in cui difettino i presupposti che lo caratterizzano rispetto alla violenza, alla forza o all'arbitrio: una norma che fondi il potere; l'esercizio del potere da parte di un soggetto astrattamente compatibile; un comando sufficientemente concreto<sup>21</sup>. Ciò, facendo mie le parole di Leopoldo Mazzaroli: «dove un atto sia inesistente – o, per meglio dire, dove si abbia inesistenza di un dato atto – non ne può essere affermata la rilevanza, che implica la sua esistenza, sia pure per poterne predicare la nullità»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Si tratta, con tutta evidenza, di requisiti di esistenza diversi da quello descritto da V. Cerulli Irelli, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 216, secondo il quale può dirsi comunque esistente l'atto «che abbia una parvenza di decisione amministrativa».

<sup>22</sup> L. Mazzaroli, *Sulla disciplina della nullità*, cit., 556.

Con ciò, il mio pensiero è dunque differente da quello esposto con rigore da A. Conterti, *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*,

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

Ancor più emblematiche della difficoltà di conciliare i presupposti classici della nullità del negozio con i caratteri propri del provvedimento amministrativo sono le vicende della mancata sottoscrizione del provvedimento. Talvolta le resistenze sono insite nella stessa pronuncia, come nella sentenza del TAR Lazio n. 12967/2009, ove, principiando dalla condivisibile affermazione che l'assenza di firma non involgerebbe solo un problema di imputazione, ma altresì di esistenza della volontà del soggetto agente di assumere un determinato atto, si conclude poi per l'inesistenza o quantomeno per la nullità. Sul fronte opposto, vi è invece quella giurisprudenza che ha affermato che ci sono ipotesi in cui la mancata sottoscrizione dell'atto non comporterebbe né la nullità né l'annullabilità dell'atto, bensì soltanto una mera irregolarità di forma (Cons. St., sez.V, 9 giugno 2008, n. 2872). Probabilmente, è vero che è necessario distinguere i diversi casi di mancanza della sottoscrizione, così che ogni volta in cui, pur mancando la sottoscrizione, è comunque possibile ricostruire l'imputazione dell'elemento volitivo, l'atto deve dirsi legittimo, salva l'irregolarità. Qualora invece manchino gli estremi del funzionario e dell'organo, il principio di immedesimazione organica impone di considerare quel provvedimento come radicalmente inesistente perché non può davvero dirsi che l'amministrazione stia agendo.

Sia qui consentita una postilla prima di procedere. Francesco Galgano scriveva del suo profondo fastidio per la distinzione fra nullità e inesistenza, poiché nel diritto civile la differenza non si traduce in una diversità di effetti. Ed è comprensibile: se gli effetti sono i medesimi, perché allora distinguere. Nel diritto amministrativo, tuttavia, la distinzione in realtà si impone per alcune determinanti ricadute processuali, fra le quali è bene ricordare che se l'art. 31, c. 4, c.p.a. stabilisce un termine decadenziale per esperire l'azione volta alla declaratoria di nullità, il codice del processo nulla prevede rispetto all'inesistenza radicale dell'atto, la cui conoscenza è peraltro da molti attribuita al giudice ordinario.

La seconda causa di nullità di cui interessarsi è quella relativa al difetto assoluto di attribuzione, che oggi riassume in sé le due ipotesi, un tempo distinte, della carenza del potere in astratto e dell'incompetenza assoluta. La carenza di potere in astratto rappresenta oramai un caso di scuola, mentre l'incompetenza assoluta viene normalmente declinata come incompetenza relativa, con la conseguenza che l'atto viziato non è dichiarato nullo, ma annullabile *ex art. 21-octies*. Sicché, può dirsi che sul fronte dell'incompetenza

in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., 41, secondo il quale, pur non potendosi negare la categoria dell'inesistenza del provvedimento, la distinzione tra questa e la nullità sarebbe «astratta, teorica e meramente nominalistica».

assoluta si assiste nel modo forse più evidente alla ricordata trasmutazione delle ipotesi di nullità verso l'alveo dell'annullabilità. Può dirsi compiuta, dunque, la via verso la sostanziale residualità dell'incompetenza assoluta, conseguendo essa solo all'adozione di un atto da parte di un'amministrazione radicalmente e concettualmente incompatibile rispetto a quella a cui la legge ha attribuito il potere.

Un cenno merita l'ultima delle cause di nullità previste dall'art. 21-*septies*, corrispondente ad una classica norma di chiusura. In effetti, qualche interrogativo genera in chi, come me, ritiene che a fianco dei provvedimenti tradizionali l'art. 11 della l. n. 241/1990 abbia costituito gli accordi quali provvedimenti negoziali. La questione non è meramente terminologica, perché affermarne la natura provvedimentoale o, come Guido Greco, quella contrattuale, significa orientare la struttura e la disciplina della nullità verso quella del diritto amministrativo o verso quella di matrice civilistica.

Volgendo al termine dell'analisi, è opportuno riservare alcune considerazioni finali a mo' di sintesi.

Mi pare confermata l'idea espressa nell'*incipit* e cioè che la nullità del diritto amministrativo a cui continuiamo a fare riferimento per tradizione nel concreto svolgersi del giudizio amministrativo sia sostanzialmente inesistente, apparendo essa stretta tra l'inesistenza ed una forma di invalidità molto più simile all'annullabilità che alla nullità del diritto civile. A margine della mia convinzione sull'origine storica del diritto amministrativo, credo che quell'impressione sia rafforzata, nell'ordine, dalla diversità tra gli effetti che il provvedimento produce rispetto a quelli propri del contratto, dalla sostanziale impossibilità di ricondurre molte delle cause previste dal 21-*septies* al concetto di nullità, da un sistema processuale radicalmente diverso ed infine dal regime della convalida. Se del secondo aspetto tanto si è detto, qualche ultima battuta può essere riservata agli altri tre fattori.

Invero, più di un accenno è stato in precedenza svolto anche in merito al tema della diversità degli effetti ed in particolare al fatto che il provvedimento amministrativo sia comunque in grado di produrre conseguenze concrete sul piano materiale. Il discorso potrebbe fermarsi qui, ma alcune precisazioni si rendono necessarie perché, da un lato, qualche TAR appassionato dei parallelismi con le categorie civilistiche ha talvolta affermato la «radicale inefficacia» dell'atto nullo (TAR Liguria, sez. I, 16 dicembre 2013, n. 1547) e, dall'altro lato, perché un Consiglio di Stato desideroso di salvare il concetto di nullità amministrativa ha ritenuto preferibile ammettere la sussistenza di una «efficacia interinale (fin tanto che la nullità non venga accertata)» all'ammissione dell'incompatibilità tra l'ontologia del provvedimento ed i caratteri della nullità (Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2011, n.

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

5799). Ora, se di efficacia interinale si dovesse trattare, si deve considerare che il provvedimento amministrativo, esecutivo ed esecutorio, può essere portato a compimento fino alla definizione del giudizio e una volta portato a compimento, non essendoci l'argine della volontà dell'altra parte, gli effetti materiali potrebbero risultare prodotti in modo irreversibile: questi effetti pertanto sono interinali da un punto di vista processuale, non certo nella realtà fisica dei fatti, perché essi, se prodotti, restano<sup>23</sup>.

Vi è di più. Il carattere peculiare degli effetti interinali determina rilevanti conseguenze sul piano degli oneri delle parti. Nel diritto civile, poiché il contratto davvero non produce effetti, alla parte interessata non resta che rimanere inerte, perché l'inattività è di per sé argine sufficiente alla produzione degli effetti. Nel diritto amministrativo, invece, siccome il provvedimento nullo produce comunque degli effetti, le parti (tanto il privato a fronte di atti svantaggiosi, quanto l'amministrazione nel caso in cui abbia adottato atti vantaggiosi e nulli) devono adempiere ad un preciso dovere, declinato a seconda del soggetto in dovere di agire/ricorrere o nel dovere di esercitare i poteri di autotutela.

Ciò chiarito sul piano degli effetti, un'altra considerazione si impone sul piano del regime processuale. Nel diritto civile esiste il principio fondamentale della imprescrittibilità dell'azione di nullità, rimanendo questa sempre promovibile. Nel diritto amministrativo invece, seppure l'eccezione di nullità possa sempre essere opposta, l'art. 31, c. 4, c.p.a. ha stabilito che l'azione volta alla dichiarazione della nullità è soggetta a un termine decadenziale di centottanta giorni. Il che mi induce ad evidenziare che la giurisdizione sui provvedimenti nulli non appartiene necessariamente al giudice ordinario. Sicuramente non gli è attribuita per i casi di violazione ed elusione del giudicato (art. 133, c. 1, lett. a), n. 5, c.p.a.), ma non lo è neppure laddove il potere abbia inciso con effetti diretti sulla sfera del destinatario, perché, a fronte di una nullità—super annullabilità produttiva di effetti qual è sempre quella descritta, non può non darsi una posizione di interesse legittimo (e perché, tutto sommato e se così non fosse, non avrebbe neppure ragione di esistere l'art. 31, c. 4, c.p.a.).

<sup>23</sup> Il panorama è dunque simile a quello della nullità degli atti processuali civili, a cui, come ha ben rilevato M. Delsignore, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, 854, si ricollega la piena efficacia sino ad una pronuncia che ne dichiara la nullità.

Secondo la condivisibile lettura di G. Morbidelli, *Della "triplice" forma di nullità*, cit., 668, la prova della «vicinanza» della nullità alla tradizionale annullabilità starebbe, oltre che nella capacità del provvedimento amministrativo nullo di «determinare effetti pratici di non poco conto», nel regime decadenziale a cui il codice del processo amministrativo ha sottoposto l'azione di nullità.

Infine, differenze fra nullità amministrativistica e nullità civilistica si pongono sul piano del regime della convalida. Se l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, prevede la convalida degli atti illegittimi e non di quelli nulli, ciò non significa che, nei limiti dell'elusione e violazione del giudicato, l'amministrazione non possa unilateralmente adottare un atto di eguale contenuto, ma emendato dal vizio: pare quasi superfluo dire che altrettanto non può avvenire nel diritto civile dei contratti, ove sarebbe sempre necessario l'accordo dell'altra parte.

Ebbene, i quattro fattori considerati mi convincono del fatto che la nullità del diritto amministrativo è radicalmente ed inevitabilmente diversa da quella del diritto civile e, sarà casuale, ma il termine "super annullabilità" in luogo della nullità è impiegato proprio in quelle sentenze ove trova applicazione il termine decadenziale dei centottanta giorni. La diversità, come si accennava in apertura, è determinante sotto il profilo dell'applicazione analogica dei principi e delle norme sulla nullità del contratto. Se si ritiene, come personalmente credo, che per i motivi elencati quel rapporto di derivazione non sussista, allora troveranno applicazione i principi del codice civile o del processo civile solo in quanto principi generali (buona fede, correttezza, etc.) e non già i principi in tema di nullità del contratto.

## 6. L'art. 21-*octies*, c. 2, e la legittimità sostanziale

Lo studio critico del secondo periodo del c. 2 dell'art. 21-*octies* non può che principiare dall'idea che la disposizione attesterebbe la vittoria dell'amministrazione di risultato sull'amministrazione di pura legalità. Quella contrapposizione fu evidenziata in grandi studi del 1990 e soprattutto in quelli di fine anni '90, quando si iniziò a pensare che la mera legittimità fosse un ostacolo all'efficienza amministrativa. Nel periodo in cui i controlli divenivano interni e l'amministrazione era descritta come un'azienda, l'amministrazione di risultato finiva con l'essere immaginata come l'amministrazione liberata dal rispetto formale delle regole.

Questa visione, che ha poi inciso profondamente sul concetto di invalidità, a mio avviso tradisce un'incomprensione. L'amministrazione non è un *a priori*, ma è lo strumento per raggiungere l'obiettivo voluto dalla legge: in altri termini, la legge usa l'amministrazione come mezzo per pervenire allo scopo previsto. Così correttamente inteso il rapporto fra legge e amministrazione, si comprende che la prima non è un mero vincolo formale, ma è la sostanza stessa del diritto amministrativo perché rappresenta la ragione di esistenza dell'intera azione amministrativa. Amministrazione di legittimità e

## **i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi**

amministrazione di risultato non sono quindi due elementi fra loro in contraddizione, perché il risultato dell'amministrazione, oltre che giustificazione intrinseca della sua esistenza, è voluto dalla legge e, per raggiungerlo, la legge pone regole che sono spesse volte poste a garanzia di diritti (o, più comunemente, interessi) che hanno rilievo e che partecipano alla graduazione del risultato legale. Il che non può non condurre ad affermare che l'insofferenza per la forma sconta talvolta l'incomprensione per il senso "finale" che la regola talvolta può avere<sup>24</sup>.

Sennonché, quell'incomprensione è salda e ha portato la dottrina a fotografare il profilo dell'amministrazione di risultato senza avvedersi delle criticità sottese all'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo.

Procediamo allora con ordine. Dell'espressione "amministrazione di risultato" possono essere fornite plurime declinazioni. Essa può sicuramente essere intesa nel senso indicato da Marco Cammelli, ovvero come «responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque [...] possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali»<sup>25</sup>. Eppure, nel tema che ci occupa, è confacente anche un'altra declinazione che non è necessariamente alternativa alla prima e che individua nella formula "amministrazione di risultato" il senso del raggiungimento di un risultato a prescindere dal rispetto delle formalità procedurali. Questa descrizione è la più conveniente non solo perché è quella usualmente fatta propria dalla giurisprudenza, ma anche perché essa spiega, secondo buona parte degli interpreti, la ragione posta a fondamento dell'art. 21-*octies*, c. 2.

Ebbene, tanto la definizione quanto la disposizione pongono una questione capitale sul piano dell'invalidità. Se il risultato è l'elemento che diviene parametro del giudizio sulla validità è anzitutto necessario individuarne la sostanza. La mia personale convinzione è che quel risultato non possa che essere il fine legale e che esso non possa coincidere con un risultato scelto dall'amministrazione medesima. Se così fosse, se cioè l'amministrazione potesse decidere essa stessa il risultato, ci si troverebbe dinanzi ad una *impasse*. Il problema è tutto teorico e corrisponde alla frattura del principio

<sup>24</sup> Il che, peraltro, impone di rigettare l'idea che i vizi non invalidanti di cui all'art. 21-*octies*, c. 2, siano riconducibili al novero dei vizi formali. Come aveva affermato già prima della novella del 2005 A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 749, «è del tutto fallace ed impropria la qualificazione dei vizi del provvedimento che non incidono sulla legittimità sostanziale dello stesso, in termini di vizi di forma (o formali)».

<sup>25</sup> M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 109.

di funzionalizzazione e quindi del principio di legalità. L'*impasse* invece è pratica e porta alla sostanziale eliminazione dell'invalidità, perché, per salvare il proprio operato, all'amministrazione basterebbe "falsificare" la coincidenza fra il risultato portato nel processo e quello perseguito nella vicenda procedimentale. Ma la soluzione al problema è forse ancora più banale, perché è proprio il c. 1 dell'art. 1, l. n. 241/1990 a confermare che i fini perseguiti dall'amministrazione sono quelli «determinati dalla legge».

Attorno a questo discorso teorico si salda un fondamentale interrogativo da cui riprendere l'analisi del secondo periodo del c. 2 dell'art. 21 *octies*. Al giudice spetta la valutazione della corrispondenza tra la fattispecie concreta (il risultato conseguito in un procedimento in cui non vi è stata la partecipazione del privato) e la fattispecie astratta (il raggiungimento del risultato legale). Al di là del tentativo di leggere il nuovo sindacato del secondo comma dell'art. 21-*octies* quale naturale evoluzione del sindacato sulla discrezionalità e sulla ragionevolezza, è del tutto evidente che si è modificato il perimetro del principio di separazione dei poteri. Ciò non significa che al giudice sia ormai disponibile il merito dell'azione amministrativa. Anzi, se il risultato e l'efficacia, come si è sostenuto poc'anzi, sono parte integrante della legalità, non è dubbio che il giudizio che li riguarda abbia ad oggetto la legittimità. È però vero che il sindacato è oggi un sindacato sul *continuum* procedimento processo, in cui tutto è assorbito dal ragionamento unitario sull'efficacia dell'atto ed in cui, almeno come parametro per decidere, è inevitabile rifare in processo l'istruttoria procedimentale. Ne sono ovviamente prova l'estensione (*praeter legem*) dell'art. 21-*octies*, c. 2, all'ipotesi di mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza<sup>26</sup>, l'ammissione della motivazione *a posteriori*, ammessa seppur con attenzione da una parte della giurisprudenza, ed il cosiddetto soccorso istruttorio processuale.

L'affermazione, poi, oltre a sottendere il dato innegabile del superamento dei confini tradizionali del principio di separazione dei poteri, accoglie anche un ossimoro filosofico per giustificare se stessa: il poter dimostrare ora per allora, che, sulla scorta del pensiero fenomenologico, ben potrebbe definirsi la giustificazione postuma dell'azione originaria, una sorta di giudizio prognostico fatto *a posteriori* (molto simile alla "prognosi postuma" del diritto e della procedura penale).

<sup>26</sup> Si segnala che lo scritto è stato redatto in data antecedente all'adozione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2020, n. 120), il cui art. 12, c. 1, lett. i), ha aggiunto all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, in fine, il seguente periodo: «la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*».

## i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

La sostituzione dell'amministrazione con il giudice amministratore è evidente e tollerabile una volta superata l'idea (*rectius*, la finzione) che il giudizio dell'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo, sia espressione del vecchio sindacato di legittimità dell'operato dell'amministrazione proprio perché, nell'assetto attuale, il giudizio che termina con una statuizione sulla validità dell'atto in realtà implica anzitutto il rifacimento del procedimento e una valutazione del risultato. Né, in un'ottica qual è quella descritta, ha senso interrogarsi se la sentenza che decide il processo abbia o meno il contenuto di un provvedimento amministrativo. Piuttosto, è bene darsi conto del fatto che la piena effettività della tutela impone, allo stato attuale dei fatti, di rimeditare il rapporto tra giudizio di primo grado e giudizio d'appello. La posticipazione delle tutele procedurali, infatti, non è senza costi per il privato e in ciò risiede la differenza fra il provvedimento amministrativo e la sentenza/provvedimento *ex art.* 21-*octies*, c. 2, secondo periodo, perché solo per il primo sarebbe assicurato il pieno inserimento nel circuito delle tutele (giurisdizionali e non) previste dall'ordinamento: detto altrimenti e con una suggestione, in quale sede potrà essere contestata la sentenza/provvedimento adottata dal Consiglio di Stato, tenuto peraltro conto che il giudice ha le stesse probabilità di errore dell'amministrazione? A ciò dovendosi poi aggiungere che l'attivazione del processo dovrebbe dipendere da una scelta libera e non già obbligata in spregio degli artt. 24 e 103 Cost.

Vero è che è atto fideistico confidare sul funzionamento di quella che si è descritta come una grande irrazionalità fenomenica. Il giudizio prognostico – che l'art. 21-*octies*, c. 2, delinea con l'espressione «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio» – si basa infatti su quello che si è detto essere un ossimoro logico (immaginare ora per allora) e consiste in una finzione, qual è il dimostrare oggi che all'epoca dell'adozione del provvedimento la partecipazione del privato non avrebbe potuto condurre l'amministrazione ad esiti diversi. Questo approccio tradisce la dimensione umana dell'*iter* istruttorio (magari è cambiata la persona in cui s'immedesima l'organo che ha emanato l'atto), dimentica le variabili fattuali "dell'allora" (ciò che si intende depositare oggi non necessariamente sarebbe stato depositato al tempo), rende il giudizio curiosamente anacronistico (devono essere ignorati i fatti che siano occorsi in epoca successiva all'adozione del provvedimento) e ammantava di oggettività un giudizio che è in realtà soggettivo e che si risolve non già nell'apprezzamento di ciò che sarebbe potuto avvenire nel procedimento, ma in un'opera di persuasione del giudice sulle possibili miglurie del provvedimento adottato, in cui un ruolo fondamentale è giocato dall'abilità-inabilità degli avvocati.

Tuttavia, anche a ritenersi superabili i rilievi che precedono, rimarrebbero comunque innegabili alcuni aspetti.

Conviene poi ritornare su un dato di cui si è in precedenza detto. Il modello descritto dall'art. 21-*octies*, c. 2, impone una gerarchia ben precisa tra forma e sostanza, in cui è la prima a soccombere. Tuttavia, in realtà, la forma nel diritto spesso è essa stessa sostanza e la forma *ad substantiam*, se è prevista, è tale perché è portatrice di un valore. In questa prospettiva, l'infrazione dell'art. 7, con riferimento all'attività discrezionale, è una violazione di una norma sostanziale e con la sua dequotazione, è bene sottolinearlo, è violato lo scopo della disposizione, che è quello di assicurare la partecipazione. Il che consente di respingere con decisione la tesi di quanti ritengono che la disposizione sia riprodottriva dell'art. 156, c. 3, c.p.c. Pare scontato, ma è bene evidenziarlo: la norma del codice di procedura civile attiene all'ipotesi in cui l'atto abbia raggiunto lo scopo a cui è destinato (la notizia certa della pendenza del giudizio); nel caso dell'art. 21-*octies*, invece, non si è affatto prodotto il risultato voluto dalla legge ed anzi, quel risultato è contraddetto perché si è negata la partecipazione che la legge voleva ci fosse.

In secondo luogo, l'infrazione dell'art. 7 è sostanziale perché comporta la violazione di uno dei valori fondativi della l. n. 241/1990 e cioè la partecipazione al procedimento come elemento della "democrazia partecipativa". Sulla scorta del risultato e della giurisprudenza più recente, si è rovesciata pertanto la prospettiva, perché non è più il procedimento a servire al privato, ma è il privato che serve (se serve) al procedimento. La partecipazione non è più un valore in sé, ma diviene un accidente meramente strumentale all'adozione di un provvedimento migliore<sup>27</sup>. Un fatto, questo, peculiare per due motivi. Da un lato, perché di fronte a un valore non si discute della sua utilità: il valore si rispetta. Dall'altro lato, perché attesta una certa ciclicità del diritto e conferma che il protetto nei processi sulla validità dell'atto non è il privato, ma l'interesse astratto voluto dalla legge, con buona pace, si dovrebbe aggiungere, dell'interesse pubblico in concreto definito nel procedimento.

Ciò che appare ancor più singolare è che le descritte trasformazioni, che dal piano dell'invalidità si sono poi riverberate sul concetto stesso di procedimento, originano da un "innocuo" e piuttosto cauto orientamento giurisprudenziale antecedente al 2005. La giurisprudenza più risalente

<sup>27</sup> G. Mannucci, *Il regime dei vizi*, cit., 270 ss., con riferimento al diritto di essere sentiti, espressione caratterizzante della partecipazione, afferma che nella giurisprudenza della Corte di giustizia «benché, come anticipato, il difetto di essere sentiti abbia ormai assunto il rilievo di diritto fondamentale, ciò non determina una assolutizzazione della sua garanzia: non ogni difetto del contraddittorio comporta la illegittimità del provvedimento finale».

## i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

infatti si era limitata ad escludere l'annullabilità del provvedimento amministrativo sfavorevole qualora, pur in assenza di comunicazione di avvio, il privato avesse comunque partecipato attivamente nel procedimento; e quell'orientamento si fondava sul presupposto (corretto) che l'infrazione dell'art. 7 avesse un carattere formale e non già sostanziale, perché lo scopo della disposizione nei fatti era stato comunque realizzato.

Risulta poi ancor più peculiare l'evoluzione pretoria successiva al 2005. L'iniziale interpretazione restrittiva dell'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo, coerente rispetto all'orientamento precedente, è stata presto disattesa. Per superare l'*impasse* fra una norma favorevole alla non annullabilità e una prassi di segno opposto provocata dall'impossibilità di fornire prova dell'identità dell'atto, una giurisprudenza creativa ha affermato che, poiché la prova che doveva essere fornita dall'amministrazione era una *probatio diabolica*, allora sarebbe stato onere del privato quello di allegare la documentazione che avrebbe prodotto se avesse avuto coscienza dell'avvio del procedimento. La giurisprudenza ha così iniziato ad estendere la previsione dell'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo anche all'art. 10 *bis* – così di fatto legittimando prassi amministrative volte ad estromettere il privato non solo a monte ma anche a valle del procedimento – per poi applicarla alle violazioni dell'art. 3 – dapprima solo per i provvedimenti vincolati e poi anche per l'integrazione della motivazione di quelli discrezionali – e “infine” giungendo, sebbene sporadicamente, a farne uso anche nei casi di incompetenza relativa.

Vi è poi un'ultima questione da trattare e che consente di chiarire perché è pericoloso confondere annullabilità ed illegittimità. Ci si è a lungo interrogati sullo *status* dell'atto non annullabile, ovvero se esso fosse illegittimo o legittimo. La prima tesi è stata sostenuta a lungo (tra tutti, da Bergonzini<sup>28</sup>) sulla scorta del fatto che l'art. 21-*nonies* facesse comunque salva la possibilità per l'amministrazione di annullare l'atto adottato nei modi di cui al c. 2 dell'art. 21-*octies*. Si affermava, infatti, che quest'ultima norma avesse natura squisitamente processuale e si è finanche paventata la sua incostituzionalità, perché avrebbe contraddetto il principio rispetto al quale non possono essere istituite categorie di atti illegittimi verso i quali non c'è possibilità di reazione. Credo invece che, proprio perché il risultato è ormai parte della legittimità, laddove l'art. 21-*octies* prevede la non annullabilità di atti che comunque conseguano il risultato voluto dalla legge, esso stia invero affermando la legittimità dell'atto: l'ultima riforma dell'art. 21-*nonies*, che esclude anche l'annullabilità in sede amministrativa, pare confortarmi nella

<sup>28</sup> G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., 11 ss.

lettura. Il dato non è irrilevante, perché dimostra che l'evoluzione dei contorni e dei confini dell'invalidità non è indotta da norme mal scritte o di cui non sono chiari gli effetti e neppure da una giurisprudenza irrispettosa dei principi dell'ordinamento. È invece il prodotto di una scelta politica consapevole di cui i giudici sono i custodi rispettosi e dalla quale traggono la consapevolezza della «cognizione piena del rapporto e della discrezionalità tecnica»<sup>29</sup>. Approdo, questo, che forse ci sarebbe dovuto apparire inevitabile fin dall'origine dell'ammissibilità stessa del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche solo considerando, con Feliciano Benvenuti, che l'atto discrezionale impugnato è in fondo esso stesso “un fatto”.

Certo, il quadro descritto è il prodotto di una visione soggettiva, che debbo confessare essere condizionato da scelte ed opzioni ideologico-giuridiche, non ultima quella della natura ontologicamente sanzionatoria (sebbene intesa in chiave positiva di soddisfazione dell'interesse pubblico) di ogni provvedimento amministrativo, anche favorevole. Così, quel che non lascia tranquilli è l'assenza di paradigmi certi della scelta politica ora descritta, perché «nell'ambito delle sanzioni amministrative, appare inaccettabile una responsabilità per la violazione di regole obiettivamente incerte nel loro contenuto precettivo specifico, o nel loro contenuto precettivo che si coglie attraverso il rinvio ad altre norme»<sup>30</sup>.

### *Abstract*

*Against the background of the relationships between the domestic administrative law and the European legislation, as well as between the public and the private law, the essay analyses the topic of the administrative acts' invalidity. Considering the autonomy of the administrative law (even on an historical perspective), the paper underlines the inconsistencies implied by the hybridization of branches of law; in this respect, the Author analyses in particular the nullity of the administrative act as regulated by a legislator too interested in creating parallelism with the private law. Furthermore, on the basis of the substantial value of the participation as well as of the strong link between the investigation phases of the proceeding and of the process, the Author focuses on the issues arisen from the art. no. 21-octies, par. 2, l. no. 241/1990, which relegates the participation to a secondary function.*

<sup>29</sup> Sono le parole con cui si esprime la *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, Roma, 5 febbraio 2020, 15.

<sup>30</sup> Spero possa perdonarmi Aldo Travi, le cui parole ho forzatamente adattato all'idea, mia e non sua, della natura *in se* sanzionatoria del potere amministrativo. Esse sono tratte dal magistrale saggio su *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627 s.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

EDOARDO CARUSO è assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Ferrara

MARCO DUGATO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna

FRANCESCO GASPARI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi

ENRICO GUARNIERI è dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Diritto amministrativo, presso l'Università di Bologna

FRANCESCO MAZZONI è avvocato specialista in studi sull'amministrazione pubblica

SALVATORE MILAZZO è dottore di ricerca in Scienze dell'economia civile, Istituzioni, Governance, Storia presso la Lumsa

EDUARDO PARISI è assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

GIUSEPPE PIPERATA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia

LORENZO SALTARI è professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Relazioni Internazionali (DEMS) dell'Università di Palermo

ALDO SANDULLI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

CECILIA SERENI LUCARELLI è dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, Diritto amministrativo, presso l'Università di Bologna

SERENA STACCA è ricercatrice di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

SARA VALAGUZZA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

Finito di stampare nel mese di ottobre 2020  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli