

# **Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riguardo alla attività amministrativa**

## **INDICE**

### **CAPITOLO I**

**LA TRASVERSALITÀ DEL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO**

### **CAPITOLO II**

**EXCURSUS STORICO: DAL DIRITTO ROMANO AL XX SECOLO**

### **CAPITOLO III**

**IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE NELLA DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE**

### **CAPITOLO IV**

**IL VALORE DELLA CONSERVAZIONE NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO**

### **CAPITOLO V**

**1. IL VALORE DELLA CONSERVAZIONE NEL QUADRO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA: PECULIARITÀ E SVILUPPI**

**2. LA CONVERSIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO**

**3. PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE E POTERI DI AUTOTUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

**4. IL PRINCIPIO CONSERVATIVO APPLICATO ALLA ATTIVITÀ DEL FUNZIONARIO DI FATTO**

**5. L'ESIGENZA DI CONSERVAZIONE TRA PRINCIPIO DI IRREGOLARITÀ E ILLEGITTIMITÀ NON INVALIDANTI**

### **CONCLUSIONI**

### **CAPITOLO I**

**LA TRASVERSALITÀ DEL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO**

L'esigenza di preservare e conservare l'attività e i valori giuridici permea di sé gli ordinamenti di ogni tempo e luogo quale dato implicito di natura logica prima ancora che giuridica<sup>1</sup>.

Il principio di conservazione è uno spettro che aleggia nel sistema, che appare e scompare, intervenendo di volta in volta con volti e caratteristiche eterogenei.

Siamo al cospetto di un principio trasversale che non appartiene in via esclusiva e preferenziale a questa o a quella branca del diritto, ma, per la vis espansiva che gli è propria, è un valore che si irradia nell'intero ordinamento.

Il precetto della conservazione non ha valenza assoluta bensì è principio relativo in quanto può, in alcune ipotesi, essere derogato a fronte di esigenze superiori o di pari grado.

In ogni caso un'opera di contemperamento è rimessa all'interprete il quale volta per volta, misurando la portata e l'interferenza di due principi a confronto (e spesso in conflitto), individua un

---

<sup>1</sup> C. Grasseti, Conservazione ( principio di ), in Enc. dir. IX, Milano, 1961, 173

punto di contemperamento tra gli stessi cercando di realizzare l'uno con il minor sacrificio possibile dell'altro.

Il problema della conservazione degli atti giuridici ha ispirato la riflessione di giuristi di ogni epoca alla ricerca di un punto di bilanciamento idoneo a ponderare l'esigenza formale del rispetto delle regole ( principio di legalità ) con la necessità di non vanificare l'attività posta in essere con relativo spreco di mezzi e tempi giuridici.

Ne troviamo alcune tracce già in epoca romana nel motto giuliano *res magis valeat quam pereat*<sup>2</sup> e nelle opere di alcuni scrittori di diritto comune<sup>3</sup>.

In ambito negoziale l'esigenza conservativa assume le tinte più forti per l'importanza ricoperta nel sistema dalla autonomia privata.

Il canone conservativo qui si fonda sul principio di economia dei mezzi giuridici e sulla presunzione di serietà dei propositi di chi emette dichiarazioni di volontà<sup>4</sup>.

Utilizzando una metafora medica il principio di conservazione può idealmente immaginarsi come un tessuto connettivo che abbraccia il sistema penetrando, sia pure con diversa intensità, nelle pieghe dei rapporti e degli istituti giuridici.

L'idea di conservazione si manifesta ovviamente nella fase patologica delle vicende giuridiche quando la violazione di una norma tende a riverberarsi sulla validità ed efficacia dell'atto.

Il legislatore prima e l'interprete, poi, sono chiamati ad interrogarsi sull'attività che viene realizzata in difformità dal modello legale, ponendo particolare attenzione all'incidenza negativa che l'invalidità può avere sui destinatari anche in relazione alle esigenze cui l'atto assolve.

Il canone della conservazione appare come la stella cometa cui l'ordinamento tende strenuamente per salvare gli atti giuridici e i loro effetti in vari ambiti giuridici (nel diritto civile, nel diritto amministrativo, nel diritto processuale civile, nel diritto pubblico e così via).

Inoltre, in virtù della "comunitarizzazione" del diritto interno, l'integrazione tra gli ordinamenti, facendo cadere anche le partizioni interne, ha prodotto una interrelazione tra norme privatistiche e pubblicistiche che si riflette in termini di applicabilità generalizzata dei meccanismi conservativi.

Certamente il principio di cui trattasi assume sfumature diverse nei vari settori dell'ordinamento per la peculiarità e diversità funzionali delle molteplici attività in rilievo.

A seguito di una attenta disamina del diritto vigente è possibile rinvenire a fondamento del principio conservativo una serie di referenti normativi.

In primo luogo gli artt. 2 e 41 Cost. posti a presidio dell'autonomia negoziale quale momento esplicativo - realizzativo della persona umana.

Un ulteriore fondamento legislativo è ravvisabile nell'art. 12 delle disp. prel. c.c. che, in tema di criteri di interpretazione della legge<sup>5</sup>, consacra il principio dell'effetto utile.

A livello generale va evidenziato come il principio di conservazione abbia due manifestazioni fenomeniche: una prima come canone interpretativo dell'atto giuridico *lato sensu* inteso ( legge, negozio, sentenza, provvedimento amministrativo ecc..), una seconda come istituto applicativo ( conversione, convalida, sanatoria, conferma, ratifica, nullità parziale ecc..).

E' chiara, quindi, la portata generalizzante e omnicomprensiva del canone conservativo il cui contenuto, non definibile a priori, si sostanzia caso per caso nei bisogni connessi alle peculiarità delle attività compiute.

Il valore della conservazione è un *fil rouge* invisibile che annoda le molteplici branche del diritto e lungo il quale si snoda l'azione giuridica ad ogni livello.

---

<sup>2</sup> Giuliano, Dig. 34, 5, 12 (13).

<sup>3</sup> Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudencia*, I, Venetiis, 1841, *disp. pars.* III, 188

<sup>4</sup> S. Pugliatti, *Istituzioni di diritto privato*, III, Milano, 1935, p. 246

<sup>5</sup> E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 261 ss.

Secondo l'autore la legge, quale fonte di legittimazione dell'attività giuridica, deve essere interpretata secondo precisi criteri ( letterale e della *voluntas legis*) poiché solo in tal senso essa produrrà il risultato apprezzabile della conservazione degli atti giuridici che in essa rinvergono il proprio fondamento.

Una legge mal interpretata renderà precarie e caducabili tutte le attività che da essa traggono legittimazione, vanificando in tal modo ogni esigenza di certezza e conservazione dei rapporti giuridici.

E' d'obbligo ora procedere ad una disamina del principio conservativo nei singoli ambiti giuridici nei quali si manifesta.

Nel diritto privato l'ideale conservativo ha trovato il proprio campo d'elezione <sup>6</sup> dando vita ad una fiorente elaborazione dottrinale <sup>7</sup> che ha prodotto studi approfonditi aventi ad oggetto le proiezioni applicative ( sostanziali e processuali ) del principio in esame.

Inoltre l'elaborazione civilistica ha rappresentato una fonte di ispirazione anche per il diritto amministrativo i cui istituti conservativi risentono in buona misura degli approdi cui è giunta la dottrina privatistica.

Assai importante ai fini della nostra indagine è la classificazione dei rimedi conservativi del negozio in tre macro gruppi a seconda che l'opera conservativa concerna l'atto viziato, i suoi effetti o il suo valore giuridico.

Infatti alla logica dell' *utile per inutile non vitiatur* si è fatto ricorso per creare un vincolo unificante rispetto ad alcune figure civilistiche quali la invalidità parziale ( art. 1419 I co. c.c.), la convalida del negozio annullabile ( art.1444 c.c.) e la conversione del contratto nullo ( art. 1424 c.c.).

Tutto ciò denota la *voluntas legis* di preservare la volontà negoziale dei contraenti fin dove possibile nei limiti di meritevolezza degli interessi perseguiti.

In particolare la conversione del contratto nullo ha rappresentato il punto di partenza della riflessione sulla estensibilità dell'istituto alla categoria degli atti amministrativi <sup>8</sup>.

Nel codice civile il canone della conservazione, assurge a criterio di interpretazione ( art. 1367 c.c. ) sia del contratto <sup>9</sup> sia del testamento <sup>10</sup> nei limiti di compatibilità.

Inoltre il valore della conservazione ridonda in una serie di istituti applicativi tra cui si annoverano,oltre quelli in precedenza citati, la conferma della disposizione testamentaria e della donazione nulle.

Gli artt. 590 e 799 c.c. hanno ricevuto l'attenzione di numerosi studiosi <sup>11</sup> impegnati ad evidenziarne l'ambito ( soggettivo e oggettivo ) di applicazione con i relativi limiti.

La giurisprudenza <sup>12</sup>, superando i perigliosi ragionamenti della dottrina, ha riconosciuto alla conferma una vasta sfera operativa e una portata generalizzante: le norme di cui agli artt. 590 e 799 c.c. si fondano sulla rinuncia al diritto di impugnazione del negozio invalido e costituiscono un'eccezione al principio generale consacrato dall'art. 1423 c.c. <sup>13</sup>.

Sempre in ambito privatistico il paradigma conservativo trova una propria decodificazione anche nell'istituto della risoluzione per impossibilità sopravvenuta - nei casi di impossibilità parziale nei quali, accanto allo strumento risolutivo, la legge riconosce all'altro contraente la facoltà di domandare una corrispondente riduzione della sua prestazione - o per eccessiva onerosità; in questa ipotesi, ai sensi dell'art. 1467 c.c., la controparte può evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto discusso questo estensibile anche ai casi di rescissione del negozio.

Il minimo comun denominatore di questa congerie di situazioni consiste nella *ratio legis* di mantenere in vita il rapporto negoziale riequilibrando il sinallagma contrattuale nell'alveo di una piena ed efficace corrispettività.

---

<sup>6</sup> G. Stella Richter, Il principio di conservazione del negozio giuridico, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1967, p. 411 ss.

<sup>7</sup> Tra i vari autori E. Betti, Teoria generale del negozio, II ed., Torino, 1960.

<sup>8</sup> P. Bodda, La conversione degli atti amministrativi illegittimi, Milano, 1935

<sup>9</sup> L. Bigliazzi Geri, L'interpretazione del contratto, in Commentario al codice civile, Milano, 1991

<sup>10</sup> P. Rescigno, L'interpretazione del testamento, in Successioni e donazioni, II ed., Napoli, 1997 e F. Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, Jovene, 2002 ristampa, p. 228

<sup>11</sup> Tra i molti autori, Caprioli, La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle, Napoli, 1985, spec. pp. 66 e ss., 83 e ss.

<sup>12</sup> Cass. Civ., 5 maggio 1965 n. 807, in Giust. Civ., 1966, I, 602

<sup>13</sup> Infatti la ratio della conferma delle disposizioni testamentarie e donative affette da nullità viene generalmente ravvisata nella esigenza di salvaguardare la volontà rispettivamente del *de cuius* e del donante in ragione del particolare favor riconosciuto dall'ordinamento alle manifestazioni negoziali di questi soggetti.

L'esigenza conservativa pervade, inoltre, il diritto commerciale riverberandosi sul peculiare regime della nullità societarie: nelle tassative ipotesi in cui può essere accertata e dichiarata, la nullità, in deroga al generale modello privatistico, opera *ex nunc* ( da quel momento in poi ) con salvezza dell'efficacia degli atti compiuti <sup>14</sup>.

Si tratta, quindi, di una causa di scioglimento che apre la fase liquidativa dell'apparato societario <sup>15</sup>. In ambito commerciale un ulteriore risvolto applicativo del canone di conservazione è dato dal principio della prova di resistenza nelle delibere degli organi collegiali, in base al quale l'invalidità di una singola partecipazione non inficia la delibera ove sia fornita la prova ( matematica) della irrilevanza di quel consenso ( illegittimo o viziato ) ai fini della sua approvazione finale.

In ambito processuale il valore della conservazione è stato celebrato con il ricorso alla *translatio iudicii* effettuato dalla Corte Costituzionale <sup>16</sup> e dalla Corte di Cassazione <sup>17</sup>.

La giurisprudenza, applicando alle ipotesi di difetto di giurisdizione i rimedi da sempre teorizzati per i casi di incompetenza del giudice, ha acconsentito per la prima volta nel 2007 al trasferimento del processo al plesso giudiziario munito di giurisdizione, con salvezza dell'attività processuale espletata e dei relativi effetti <sup>18</sup>.

Il principio di conservazione si muove, così, nel solco dei valori di effettività, concentrazione e celerità della tutela giudiziaria ( art. 6 Cedu e art. 111 Cost. )

Nel diritto processuale civile, poi, l'ideale conservativo rifugge di luce propria in tema di nullità degli atti processuali ( artt. 156 e ss. c.p.c.<sup>19</sup> ) quale limite alla declaratoria di invalidità allorquando l'atto abbia raggiunto il suo scopo.

La disciplina in esame abbandona ogni rigida e formalistica visione per aderire alla tesi della strumentalità delle forme rispetto al conseguimento della finalità concreta ed effettiva cui la norma mira.

L'osservanza delle norme processuali, certamente importante per la legalità e l'ordine del giudizio, lungi dal tradursi in uno sterile formalismo, deve essere, invece, funzionale al conseguimento di una utilità sostanziale; ove questa sia comunque raggiunta, l'atto che ha realizzato il suo scopo, sia pure in violazione delle regola formale per esso contemplata, non può essere dichiarato nullo ma, al contrario, andrà preservato nella propria validità ed efficacia <sup>20</sup>.

L'applicazione di un principio di conversione trova una sua specifica disciplina nell'art. 159 III co. c.p.c. secondo cui se il vizio di nullità preclude un determinato effetto l'atto può produrre " gli altri effetti ai quali è idoneo ".

Seguendo tale assunto la giurisprudenza ha consentito la conversione della citazione in ricorso, del ricorso ordinario per Cassazione in regolamento necessario di competenza <sup>21</sup> e viceversa dell'appello principale in appello incidentale <sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> Infatti il sistema, conscio della idoneità del contratto di società a dar vita ad un centro autonomo di imputazioni giuridiche e di relazioni con i terzi, ha inteso tutelare l'affidamento di questi ultimi garantendo, al contempo, la certezza e la stabilità dei traffici giuridici posti in essere dall'apparato societario.

E' evidente che nelle ipotesi previste dall'art. 2332 c.c. la declaratoria di nullità è giustificata sia dalla gravità del vizio che dalla sua evidenza macroscopica di talchè nessun affidamento incolpevole potrà radicarsi nella sfera giuridica dei terzi che siano venuti in contatto con la società.

<sup>15</sup> G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, VI ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006.

L'autore, a conferma di una visione legislativa improntata alla tutela dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive dei terzi, adduce l'argomento secondo il quale, nonostante l'inizio della fase liquidativa, " i soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali ".

<sup>16</sup> Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>17</sup> Cass. Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>18</sup> In passato, invece, il processo veniva *resettato*, iniziando nuovamente dinanzi al giudice dotato di giurisdizione, con caducazione dell'efficacia degli atti posti in essere.

<sup>19</sup> F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000

<sup>20</sup> Tipico è il caso della costituzione in giudizio del convenuto nonostante l'irritualità - per inosservanza delle prescrizioni di cui agli art. 164 c.p.c.- dell'atto di citazione.

<sup>21</sup> Cass. civ., sez. II, 5 dicembre 2001, n.15366, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

<sup>22</sup> Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2001, n.15687, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

Di recente un orientamento maggioritario<sup>23</sup> in tema di impugnazioni ha ribadito l'importanza del principio di conservazione, circoscrivendone al contempo l'ambito applicativo con alcune importanti precisazioni: il valore della conservazione dell'attività processuale e dei relativi effetti, seppure immanente e imprescindibile nel sistema, non è suscettibile di una applicazione indiscriminata ma trova un limite insuperabile nell'osservanza di norme imperative, processuali (ad es: in ordine ai termini perentori e inderogabili di impugnazione) e sostanziali, dal momento che "la possibilità di sanare un atto astrattamente nullo" si pone come clausola di chiusura del sistema che assolve ad una funzione di "giustizia sostanziale" connessa al raggiungimento dello scopo cui l'atto è preposto.

Anche nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo il principio di conservazione trova frequenti applicazioni assumendo gli abiti di canone generale dell'ordinamento<sup>24</sup>.

Come ribadito dagli organi di giustizia amministrativa<sup>25</sup> la nozione processuale dell'istituto diverge dalla nozione elaborata in ambito sostanziale avendo i due concetti in comune il solo scopo conservativo.

Da un approccio casistico del fenomeno emerge come il principio di conservazione venga utilizzato nell'intero arco del processo, dalla fase di instaurazione del giudizio fino a tutte le successive vicende integrative<sup>26</sup>.

Nel processo penale a fondamento dell'esigenza conservativa sono rinvenibili le medesime argomentazioni giuridiche considerate in ambito civilistico sia pure con alcuni adattamenti. Infatti tutto il sistema penalistico è improntato al principio del *favor libertatis* che ha nella Costituzione ( artt. 13 e 25 ) il principale referente normativo il quale mitiga la portata del canone conservativo.

Se da un lato si percepisce il bisogno di tutelare l'attività processuale dell'accusa e i relativi effetti da vizi influenti e come tali idonei a incidere sulla funzione dell'atto, dall'altro è indispensabile garantire l'osservanza dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa dell'imputato.

L'interprete, in una verifica caso per caso, avrà cura di analizzare se la difformità degli atti processuali dell'accusa o del giudicante abbia o meno compromesso i diritti e le facoltà difensive dell'imputato ponendo una pesante ipoteca sull'esito del giudizio.

In diritto costituzionale, invece, il mantenimento dei valori giuridici si inverte nelle sentenze ( interpretative di rigetto) con cui la Corte respinge la questione di costituzionalità in virtù di un'interpretazione della disposizione impugnata diversa rispetto a quella prospettata dal giudice a quo.

In siffatte ipotesi, poiché dalla disposizione di legge si possono ricavare (almeno) due norme alternative una conforme e una in contrasto con la Costituzione, attraverso la pronuncia interpretativa di rigetto, la Consulta salva il testo dell'atto legislativo impugnato dando rilievo alla norma conforme alla Carta Costituzionale<sup>27</sup>.

A chiusura del cerchio delle ipotesi applicative, espressive del principio di conservazione dell'attività giuridica, meritano di essere citate due norme: l'art. 2126 I co. c.c. ( in relazione alla conservazione del valore giuridico del contratto di lavoro nullo) e l'art. 25 della legge 203/1982 in tema di contratti agrari ( che prevede la possibilità di conversione, su istanza di parte, del contratto di mezzadria o di colonia parziaria nullo in affitto<sup>28</sup>).

## CAPITOLO II

### EXCURSUS STORICO: DAL DIRITTO ROMANO AL XX SECOLO

<sup>23</sup> Cass. Civ., sez. I, 7 marzo 2008, n. 6196, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 1979, n. 7672, in Cons. Stato, 1979, I, 1656

<sup>25</sup> Tar Puglia, Bari, sez. II, 10 gennaio 1998, n. 6, in Tar, 1998, 1097

<sup>26</sup> L. Musselli, La conversione dell'atto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003

<sup>27</sup> A. Barbera- C. Fusaro, Corso di diritto pubblico, III ed., il Mulino, Bologna, 2004

<sup>28</sup> I. W. Politano, Il principio di conservazione del contratto e la conservazione dei valori giuridici degli atti nulli, in L'amministrazione italiana, 1997, fasc.VI, p. 943

Il principio di conservazione affiora, sia pure con modalità e caratteristiche precipue, già nel diritto romano.

In età classica un insigne giurista <sup>29</sup> classifica le leggi, con riferimento alla sanzione applicata, in tre gruppi :

1) *leges perfectae*: si tratta di quelle leggi che vietando un determinato atto lo dichiarano nullo qualora venga compiuto;

2) *leges minus quam perfectae*: sono le leggi che comportano una sanzione penale nei confronti del trasgressore che ha perpetrato la violazione della norma senza che venga dichiarata la nullità dell'atto (un esempio è rappresentato dalla *Lex furia testamentaria* del 200 a.c.).

Queste leggi simboleggiano una delle prime concretizzazioni tangibili del principio di conservazione.

3) *leges imperfectae*: il riferimento è a quelle norme che non comminano per la loro inosservanza nessuna sanzione né verso il trasgressore né nei riguardi dell'atto.

La tripartizione ulpiana si colloca soprattutto nell'ambito del diritto privato in una prospettiva diacronica ed evolutiva delle fasi dello sviluppo legislativo: la *lex imperfecta* rappresenta lo stadio iniziale che poi evolve nella *lex minus quam perfecta* fino a sublimarsi nel punto di approdo della *lex perfecta*.

Questa suddivisione legislativa viene abolita dalla Costituzione di Teodosio II del 439 d.c. che, operando una *reductio ad unitatem*, consacra nella legislazione imperiale l'unico modello della *lex perfecta*, conferendo così uniformità ed omogeneità all'intero diritto civile.

Da quel momento la violazione della norma giuridica comporta sempre una duplice sanzione, per il trasgressore in termini di assoggettamento a pena e per l'atto sotto forma di declaratoria di nullità. Pertanto, da quel momento in poi, ogni *lex romana* si presume *lex perfecta* ( nella accezione ulpiana ).

Le *leges minus quam perfectae* hanno rappresentato nel diritto romano un prima applicazione del canone conservativo quale esigenza di non disperdere l'attività giuridica realizzata anche a fronte di violazioni normative, scindendo così il profilo della validità dell'atto dalle vicende sanzionatorie relative al trasgressore.

Certamente nel corso dei secoli il rigido formalismo cui era improntato il sistema giuridico romano, connesso all'esigenza di ordine e rigore su cui era costruito l'ordinamento, condussero al tramonto delle *leges minus quam perfectae*.

Al di là di questo singolo momento applicativo ci si deve domandare se il principio di conservazione fosse noto o meno ai romani a livello di categoria generale tanto da trovare una concretizzazione in istituti conservativi alla stregua di quanto accade nell'odierno sistema.

Considerato in questi termini il principio di conservazione gode di uno spazio assai ristretto ( non paragonabile alla sfera di operatività attuale ) in quanto esso mal si conciliava con il principio romanistico della tipicità negoziale.

Il passaggio da una categoria giuridica all'altra risulta assai complesso di talchè rari sono i casi di conversione <sup>30</sup> ammessi nell'ordinamento romano.

Un esempio è dato dall'opera interpretativa di conversione di un negozio formale e astratto in un negozio causale, privo di forma solenne, ma fondato su una causa identica o analoga allo scopo perseguito dalle parti; quale condizione ineludibile si richiede che il negozio invalido possa essere riutilizzato, ove abbia in sé gli elementi di una diversa stipulazione, e che il nuovo negozio, anche se non espressamente voluto dalle parti, rientri nello scopo ipotetico avuto di mira dai contraenti; infine la conversione deve apparire opportuna e cioè idonea a realizzare, sia pure mediante un diverso negozio giuridico, gli interessi originari delle parti <sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Ulpiano, *Liber singularis regularum*, in [www.books.google.it](http://www.books.google.it)

<sup>30</sup> Segrè, Conversione del negozio giuridico, *Scritti giuridici*, 1930, vol. I, p. 238

<sup>31</sup> E. Betti, La conversione del negozio giuridico, in *Noviss. Dig. ita.*, IV, p. 811.

A determinate condizioni tale attività ermeneutica era praticata nell'ambito dei rapporti obbligatori e anche in materia testamentaria<sup>32</sup>, sia pure, in quest'ultima ipotesi, con un approccio unilaterale incentrato sulla *voluntas testatoris*.

Riguardo al ruolo e al significato della conservazione nel sistema la dottrina appare divisa: vi è infatti chi<sup>33</sup> ritiene che nel diritto romano il principio di conservazione non trovi applicazione e che il brocardo *res magis valeat quam pereat*<sup>34</sup> non sia autentico.

Quel sistema - secondo tale prospettiva - conosceva solo tipi determinati di contratti astratti e formali capaci di produrre effetti al compimento di alcune formalità da parte dei contraenti in mancanza delle quali l'autonomia negoziale incontrava un limite alla propria esplicazione<sup>35</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che nel sistema romano il principio di conservazione si inveri nella *ratihabitio* quale istituto deputato alla conservazione degli effetti giuridici della attività del *falsus procurator*.

La *ratihabitio*<sup>36</sup> ( da *ratum-habere*, tener per valido, approvare, aderire) costituisce nel diritto romano una manifestazione di consenso con la quale taluno, dichiarando di approvare un atto proprio o altrui ( a seconda delle ipotesi applicative ), recupera, in via retroattiva, l'efficacia di un atto viziato altrimenti improduttivo di effetti.

Siamo dinanzi ad una *voluntas* successiva all'atto che riguarda essenzialmente negozi giuridici anche se l'istituto in esame è potenzialmente applicabile anche ai meri fatti materiali.

La *ratihabitio* opera *ex tunc* senza pregiudizio, però, per le posizioni medio tempore acquisite da terzi.

Secondo alcuni<sup>37</sup> l'istituto non sarebbe ammissibile per i negozi formali dello *ius civile* i quali richiedono la coesistenza di tutti i requisiti necessari per la loro validità al momento in cui sono compiuti.

Altri romanisti affermano che la *ratihabitio* sia figura giuridica elaborata in epoca intermedia o, al più, nel diritto giustiniano o bizantino e sottolineano come la ratifica espliciti efficacia esclusivamente *ex nunc* e di conseguenza non determini il mantenimento degli effetti prodotti dalla precedente attività del falso rappresentante.

Non vi sarebbe in tal senso alcuna opera conservativa.

E' evidente la problematicità della questione circa l'ammissibilità degli istituti conservativi nel sistema romano.

Sicuramente il canone conservativo, pur presente nella cultura giuridica romana, sia pure attraverso affioramenti sporadici, non era codificato a livello generale in alcun testo normativo.

Al riguardo occorre precisare due aspetti:

in primo luogo l'evoluzione dell'ordinamento romanistico nel corso dei secoli non può condurre ad affermazioni nette e definitive in ordine alla sfera d'azione del principio conservativo che ha operato come un fiume magmatico nel corso del tempo incanalandosi in una serie di istituti con una pervasività differente.

Inoltre l'interprete, nella individuazione della esatta portata delle esigenze conservative, è chiamato a spogliarsi dello strumentario e delle vesti giuridiche attuali per calarsi nella mentalità di un sistema ispirato a principi diversi rispetto ai canoni odierni.

Il principio di conservazione ha continuato a veleggiare nel corso dei secoli come un fantasma emergendo di tanto in tanto senza che di esso il diritto codificato facesse menzione.

La sua prima codificazione risale, nell'alveo della tradizione giuridica italiana, al Codice Pisanelli ( il Codice civile del 1865 ) che si ispirava alla tradizione francese del *Code Napoleon* ( 1804 ) a sua volta riprodotiva del pensiero giuridico del *Pothier*<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Marcello ( Dig. 34, 5, 24 (25) e Africano ( Dig. 30, 109 pr.)

<sup>33</sup> A. Catricalà, L'esame di diritto civile, Maggioli s.p.a., Rimini, 2006

<sup>34</sup> Giuliano, ( D. 34, 15, 12)

<sup>35</sup> G. Gandolfi, Spunti sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Milano, 1966, p. 368 e ss.

<sup>36</sup> Bertolini, La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano, vol. I e II, Roma, 1889-91

<sup>37</sup> C. Cosentini, voce " *Ratihabitio* ", in Noviss. Dig. it. XIV, p. 895

<sup>38</sup> *Pothier, Traité des obligations*, I, Paris, 1761, n. 92

Nella cultura giuridica italiana del Novecento il canone conservativo si è spesso coniugato alle esigenze commerciali di certezza ed effettività dei traffici e dei commerci in un connubio che ha raggiunto il suo apice nel Codice civile del 1942.

Quest'ultimo ha inglobato in sé la disciplina delle società e dei rapporti commerciali in genere ( prima oggetto di separata codificazione e trattazione nel Codice di commercio del 1882 ) assumendo gli abiti di una vera e propria *lex mercatoria* incentrata sulla valorizzazione degli scambi in un'ottica essenzialmente patrimonialistica.

Infatti l'interesse del legislatore si focalizza sugli obiettivi di stabilità e certezza dei rapporti giuridici con particolare riferimento all'ambito negoziale e alle relative vicende di costituzione e trasferimento di posizioni soggettive attive e passive.

In questo contesto il principio di conservazione assume una intensità maggiore rispetto a quanto accade nelle altre branche del diritto proprio per la vocazione mercantile del Codice civile del 1942.

Come si illustrerà nel prosieguo della trattazione il canone conservativo trova una sua consacrazione nel diritto privato e nel diritto commerciale sia operando come canone interpretativo sia traducendosi in una moltitudine di istituti applicativi.

### CAPITOLO III

#### IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE NELLA DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE

L'esigenza di conservazione dell'attività negoziale rinviene le proprie radici negli artt. 2 e 41 della Costituzione.

La libertà di iniziativa economica dei singoli, consacrata dalla *Grundnorm*<sup>39</sup>, costituisce l'archetipo normativo della autonomia privata dei contraenti che si colloca nel sistema anche come luogo e momento di realizzazione della persona umana.

In un ordinamento come il nostro fondato sull'autoregolamento degli interessi privati ( art. 1322 II co. c.c. ), " evidente è l'esigenza logica di conservare al massimo l'attività negoziale mantenendola in vigore fin dove è possibile " <sup>40</sup>.

Infatti l'atto negoziale, che si presume animato dalla serietà degli intenti delle parti, è sempre rivolto al raggiungimento di un qualche risultato pratico ed è necessario, quindi, salvare l'attività giuridica dispiegata nei limiti in cui la statuizione contrattuale, mirando a realizzare interessi meritevoli di tutela, non collida con un divieto di legge <sup>41</sup>.

Nel sistema civile il principio di conservazione opera sia come criterio interpretativo sia come istituto applicativo.

Con riguardo al primo profilo il dato normativo di riferimento è costituito dall'art. 1367 c.c. che in materia negoziale ( contratto e testamento <sup>42</sup> ) pone un criterio ermeneutico per risolvere le perplessità e i dubbi di una disposizione negoziale letteralmente poco intellegibile.

La norma, avente portata precettiva, accorda preferenza all'interpretazione in virtù della quale la manifestazione negoziale produce un qualche effetto anziché nessuno.

L'interprete è tenuto, in caso di dubbio, a optare per la soluzione che garantisca un effetto utile realizzando al massimo grado l'intento negoziale dei contraenti quale espressione dell'autonomia privata riconosciuta loro dall'ordinamento.

Ovviamente trattasi di un criterio oggettivo e sussidiario che trova applicazione solo in caso di dubbio persistente anche a seguito dell'utilizzo ( infruttuoso ) dei criteri soggettivi di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.

---

<sup>39</sup> H. Kelsen, Lineamenti di dottrina pura del diritto, traduzione italiana di R. Treves, Einaudi, Torino, 1994

<sup>40</sup> G. Stella Richter, Il principio di conservazione del negozio giuridico, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1967, p. 411

<sup>41</sup> C. Grassetti, L'interpretazione dei negozi giuridici *inter vivos*, in Noviss. Dig. ita., VIII, Torino, 1962, p. 906

<sup>42</sup> De Cupis, Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti, in Dir. e giur., 1947, p. 93

A far scattare il meccanismo della interpretazione in senso conservativo è, dunque, una situazione di incertezza interpretativa che si materializza allorché la volontà delle parti, espressa nella dichiarazione, appaia ambigua e foriera di due o più significati tra cui l'interprete è chiamato a scegliere.

In base all'art. 1367 c.c. bisogna preferire “ il significato utile della dichiarazione anziché il significato per cui essa non avrebbe effetto ”<sup>43</sup>.

Se, invece, il negozio è chiaramente invalido o la *voluntas contrahentium* è *ictu oculi* preordinata al conseguimento di un effetto che esorbita dai limiti dell'autonomia privata, allora il principio di conservazione non può trovare applicazione.

Infatti, qualora sia carente un intento delle parti meritevole di tutela, il giudice non può surrogarsi all'autonomia privata conservando ciò che giuridicamente non esiste.

Il principio di conservazione, poi, ridonda anche a livello applicativo trovando la sua consacrazione in una serie di istituti sussumibili in tre categorie elaborate dalla dottrina più autorevole<sup>44</sup>:

- 1) Conservazione dell'atto: nella prima l'esigenza conservativa si manifesta in relazione all'atto viziato determinandone il suo mantenimento nel mondo giuridico.
- 2) Conservazione degli effetti: nella seconda il canone conservativo si riverbera sulla efficacia dell'atto preservandola dalle patologie del negozio.
- 3) Conservazione dei valori giuridici : la terza categoria si decodifica nella salvezza del vincolo obbligatorio.

Si inquadra nell'alveo della prima categoria ( mantenimento dell'atto viziato) l'istituto della conversione sostanziale previsto dall'art.1424 c.c.

Ai sensi di tale norma “ il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità ”.

Due sono i presupposti di operatività della conversione:

- a) un requisito oggettivo che si identifica nella presenza nel negozio viziato dei requisiti di forma e di sostanza richiesti per la validità di altro contratto;
- b) un requisito soggettivo che si sostanzia nell'elemento intenzionale delle parti.

In ordine al secondo presupposto ( certamente il più complesso ) il giudice è tenuto ad accertare la volontà ipotetica delle parti ossia se le stesse, conoscendo il vizio inficiante l'atto, avrebbero acconsentito alla conversione in altro negozio con salvezza dell'attività giuridica posta in essere. Va chiarito, però, che un problema di conversione del negozio nullo si manifesta solo in caso di divergenza tra le parti allorché una di esse, rivolgendosi al giudice, auspichi la conservazione del contratto mentre l'altra ne chieda l'inefficacia.

E' proprio a causa di questo contrasto che il giudice deve acclarare se sussistano i parametri di ammissibilità della conversione quale espressione del più generale canone di conservazione dei mezzi giuridici, ricostruendo in via ipotetica l'originaria ( ed eventuale ) volontà dei contraenti che si invera nello scopo pratico perseguito attraverso il negozio nullo.

Diversamente, ove le volontà delle parti fossero concordi, difficilmente troverebbe applicazione l'art. 1424 c.c. in quanto risulterebbe più conveniente ai contraenti concludere un nuovo negozio conforme ai loro attuali intenti.

Dall'ipotesi di conversione sostanziale disciplinata dall'art. 1424 c.c. vanno tenuti distinti i casi definiti di conversione formale ( sia pure in senso atecnico ).

A rigore in siffatta evenienza non si avrebbe un fenomeno di vera e propria conversione dell'atto ma una diversa qualificazione dello stesso operata direttamente dalla legge che prescinde dall'accertamento giudiziale della volontà delle parti.

---

<sup>43</sup> G. Stella Richter, op. cit.

<sup>44</sup> A. Catricalà, L'esame di diritto civile, ed. Maggioli s.p.a, Rimini, 2006, e F. Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, IX ed., Jovene, ristampa, Napoli, 2002

Per tali ragioni il testamento segreto, privo di alcuni requisiti, vale come olografo se di questo ricorrono i presupposti (art. 607 c.c.), mentre l'atto pubblico viziato può valere come scrittura privata (art. 2701 c.c.).

Come sostenuto in dottrina<sup>45</sup> in queste ipotesi non vi sarebbe né conversione né conservazione ma solo applicazione di quel criterio ermeneutico (art. 1362 c.c.) che consente una interpretazione dell'atto sganciata dal *nomen iuris* fornitogli dalle parti.

La tendenza alla conservazione dell'atto viziato si manifesta in altre fattispecie del codice civile usualmente identificate nella nullità parziale, nella inserzione automatica di clausole, nella *reductio ad aequitatem* e nella rettifica.

E' discussa, invece, la riconducibilità al canone conservativo delle fattispecie della convalida e della ratifica per la loro - a detta di alcuni - incompatibilità con l'automatismo del meccanismo conservativo.

L'art. 1419 I co. c.c. consacra l'istituto della nullità parziale unanimemente considerato espressione del valore della conservazione dell'atto negoziale.

La norma prevede che la nullità di una parte del contratto o di singole sue clausole determini l'invalidità dell'intero contratto solo ove il giudice accerti l'essenzialità della clausola o della parte negoziale ai fini del complessivo regolamento di interessi .

In altri termini il giudice verificherà, in via ipotetica, la volontà originaria delle parti e, cioè, se la clausola affetta da nullità era considerata dalle stesse così importante da far perdere, in caso di sua caducazione, qualsiasi utilità all'intero negozio.

Il giudizio sull'essenzialità della clausola si riflette sulla estensibilità della nullità all'intero contratto.

Qualora, invece, si appuri la marginalità della clausola nella complessiva vicenda negoziale l'invalidità è circoscritta a quella parte del contratto, lasciando in vita il resto.

La giurisprudenza<sup>46</sup> ha recentemente chiarito che l'estensione della nullità delle singole clausole all'intero contratto ha carattere eccezionale ( come pure risulta dall'inciso "se" utilizzato dall'art. 1419 I co. c.c. ) in quanto deroga al principio generale della conservazione e può essere dichiarata dal giudice solo a richiesta della parte che ne abbia interesse poiché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto.

Come osservato da un insigne autore<sup>47</sup> " l'officiosità della conservazione supera l'officiosità della nullità ”.

La questione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, e qualora non sia sollevata dalla parte interessata in appello, non la si potrà proporre *ex novo* in Cassazione.

Il principio di conservazione riceve una applicazione rinforzata nel Codice di Consumo ( D.lgs. n. 206/2005 ) ove, in una prospettiva teleologica di difesa del contraente debole, si sottrae la nullità della clausola allo statuto dell'art. 1419 II co. c.c., vietando al giudice di dichiarare la nullità dell'intero contratto nonostante l'accertamento della essenzialità della clausola nella dinamica negoziale<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> A. Catricalà, op. cit.

<sup>46</sup> Cass. Civ., sez. III, 27 gennaio 2003, n. 1189, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>47</sup> A. Catricalà, op. cit.

<sup>48</sup> Il Codice del Consumo ha introdotto l'istituto della nullità di protezione, figura ibrida che contiene in sé elementi sia della annullabilità sia della nullità. Il legislatore concepisce, di regola, le nullità di protezione come nullità parziali la cui ratio va ricercata nell'intento di tutelare il consumatore anche da se stesso facendogli conseguire sempre un vantaggio negoziale.

La caducazione di una clausola abusiva non deve comportare l'eliminazione dell'intero contratto poiché il consumatore verrebbe a perdere le prestazioni in esso contemplate a causa degli obblighi restitutori nascenti dalla declaratoria di nullità.

Invece la rimozione della sola clausola squilibrante, riportando il contratto nei binari della sinallagmaticità e della giustizia sostanziale, rappresenta un'efficace forma di tutela per il consumatore il quale potrà, così, beneficiare delle prestazioni negoziali ora pienamente corrispettive.

L'art. 1419 II co. c.c. contempla, poi, la figura delle clausole che vengono inserite *ex lege* nel tessuto negoziale in sostituzione, in aggiunta o in riduzione di clausole convenzionali nulle. Anche questo istituto rinviene la sua ratio nel canone generale di conservazione quale strumento di tutela dell'autonomia privata.

In questo caso è differente il ruolo del giudice il quale non deve effettuare un giudizio ipotetico volto ad accertare l'essenzialità della clausola dato che l'inserzione delle norme imperative avviene in modo automatico (*ope legis*).

“ L'interprete legge quindi il contratto come già emendato direttamente dalle disposizioni imperative ”<sup>49</sup>.

In altri istituti previsti dal codice civile il canone di conservazione si esplica consentendo il permanere esclusivo degli effetti della volontà.

Infatti, in vari casi, è possibile notare che il contratto viene meno ma si determina comunque l'effetto tipico della *soluti retentio*.

Si tratta di un fenomeno peculiare che si contrappone al modello generale secondo il quale l'invalidità del negozio, acclarata giudizialmente, si ripercuote sull'efficacia del contratto e sulle prestazioni eseguite.

Infatti, a fronte di una sentenza costitutiva di annullamento o dichiarativa della nullità, si determina, sia pure con modalità differenti, l'inefficacia dell'atto che fa scattare una serie di obblighi restitutori volti ad azzerare gli effetti materiali medio tempore prodottisi.

In alcune ipotesi, però, la sorte sulla validità del contratto è scissa dalla sorte degli effetti i quali, lungi dal venir meno, permangono intatti nel mondo del diritto.

Rientra in questo schema la figura dell'adempimento di un dovere morale o sociale cui consegue, ai sensi dell'art. 2034 I co. c.c., l'irripetibilità della prestazione eseguita <sup>50</sup>.

A rigore è ascrivibile al modello di cui sopra, con conseguente applicazione della *soluti retentio*, anche l'ipotesi dell'art. 2035 c.c. quando la prestazione è eseguita per il raggiungimento di uno scopo turpe comune a entrambi i contraenti.

Inoltre si conservano pure gli effetti del contratto risolubile avente ad oggetto prestazioni periodiche o continuative; l'irripetibilità in tal caso riguarda le prestazioni eseguite prima della pronuncia della risoluzione (art. 1458 I co. c.c.).

Infine la conservazione degli effetti ricorre in materia testamentaria ove, in caso di volontaria esecuzione di disposizioni testamentarie nulle ( art. 590 c.c. ), si assiste alla irretrattabilità degli effetti, nonostante il vizio dell'atto, con decadenza dalla facoltà di impugnativa.

Stesse regole valgono per la fattispecie di cui all'art. 799 c.c. ( esecuzione volontaria di donazioni nulle stante l'identità di *ratio* e di caratteristiche strutturali.

Sempre in ambito testamentario risulta applicabile, quale canone ermeneutico di conservazione dell'atto, anche l'art. 1367 c.c. attraverso un'opera analogico-estensiva della portata applicativa della norma costruita sul combinato disposto degli artt. 12 disp. prel. c.c. e 1324 c.c.

Infine troviamo una casistica nella quale la conservazione riguarda il permanere del vincolo giuridico ( conservazione dei valori ).

A tal proposito si adducono come esempi le fattispecie previste nell'art. 2332 c.c. in tema di società, nell'art. 2126 c.c. in tema di contratto di lavoro e nell'art. 128 c.c. in relazione al matrimonio putativo.

In tali ipotesi il negozio è colpito da nullità e alla stregua del brocardo *quod nullum est nullum producit effectum* dovrebbe essere inidoneo a produrre effetti giuridici.

---

L'idea di un *corpus* normativo funzionale alla protezione del contraente debole nasce in ambito comunitario dove, con l'introduzione del concetto di ordine pubblico di protezione, si è voluta sanzionare la violazione delle norme di esso espressive con una nullità unilaterale e dagli effetti *sui generis*.

L'interesse pubblico generale, che di regola costituisce la ragione giustificatrice della nullità, viene in questo caso a coincidere con l'interesse della parte debole.

<sup>49</sup> A. Catricalà, op. cit.

<sup>50</sup> M. Bianca, L'obbligazione naturale, in libro IV, L'obbligazione, Giuffrè, ristampa aggiornata, Milano, 1993

Ma, in ragione dell'importanza degli interessi coinvolti, il legislatore ha deciso di " tutelare alcune situazioni giuridiche oggettive delle parti o dei terzi attraverso la conservazione del vincolo obbligatorio " <sup>51</sup>.

Pertanto è previsto che la nullità del contratto di lavoro <sup>52</sup> non comporti il venir meno delle obbligazioni contributive e previdenziali del datore di lavoro nei confronti del lavoratore subordinato di fatto.

In ambito societario la nullità non pregiudica ma lascia intatti gli obblighi di contribuzione dei soci e la responsabilità della società per le obbligazioni assunte prima della dichiarazione di nullità della stessa.

Infine con riferimento al matrimonio putativo, l'art. 128 c.c. impone il mantenimento degli obblighi derivanti dal matrimonio nullo nei confronti dei figli nati, concepiti o riconosciuti prima della sentenza dichiarativa dell'invalidità.

## CAPITOLO IV

### IL VALORE DELLA CONSERVAZIONE NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Ai fini della nostra indagine è d'obbligo chiedersi se il principio di conservazione veleggi a gonfie vele, così come nell'ordinamento interno, anche in ambito comunitario.

Nella attuale prospettiva di integrazione delle norme nazionali con le norme comunitarie si è al cospetto di un unico ordinamento che, attraverso " la politica dei piccoli passi " viene innalzandosi su fondamenta e principi comuni.

Il canone conservativo è postulato in forma implicita o esplicita da ogni ordinamento quale dato prima logico che giuridico.

Non riconoscerlo a livello comunitario significherebbe arrecare un grave strappo alle tradizioni giuridiche degli Stati membri che da sempre hanno costituito il substrato normativo per lo sviluppo del sistema di integrazione sopranazionale ed europeo.

Certamente una volta riconosciuta cittadinanza al principio di conservazione è indispensabile individuarne la struttura e la portata applicativa anche alla luce delle specificità del sistema che emergono dal Trattato e dalle pronunce della Corte di Giustizia.

L'esigenza conservativa appare in linea con l'approccio sostanziale della visione comunitaria ispirata ai principi della strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo.

*Utile per inutile non vitiatur* è un principio che opera nel diritto comunitario unendosi anche alla tutela dell'affidamento del destinatario dell'atto in una valutazione di temperamento tra l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa e l'esigenza di protezione delle posizioni individuali.

L'attività giuridica deve giungere a risultati concreti ed effettivi che diano soddisfacimento alle pretese del cittadino e che preservino quest'ultimo dai pregiudizi scaturenti da un approccio meramente formalistico in tema di validità degli atti.

Nonostante la sua importanza il principio di conservazione risulta essere una figura dai contorni vaghi e sfumati, ricavabile solo in via implicita, in quanto nel Trattato sulla Comunità Europea <sup>53</sup> esso non risulta esplicitato tra i valori fondamentali del sistema, di talchè sembra operare più come criterio interpretativo degli atti che non come istituto applicativo.

Per tali motivi secondo un certo orientamento la figura della conversione non troverebbe accoglimento in ambito comunitario <sup>54</sup> né a livello di codificazione nei Trattati né in sede di principi giurisprudenziali <sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> A. Catricalà, op. cit.

<sup>52</sup> Andreoli, Note in tema di contratto di lavoro nullo, in Riv. dir. lav., 1952, 39 ss.

<sup>53</sup> Il Trattato fu firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1958

<sup>54</sup> L. Musselli, op. cit.

<sup>55</sup> Non ne fa alcuna menzione J. Schwarze nella sua *European Administrative law*, London, 1992.

Un ostacolo alla attività di conversione emerge sicuramente nel formalismo che orienta la formazione degli atti comunitari siano essi normativi o amministrativi, un formalismo che prevede complesse procedure ( non derogabili né aggirabili) per la adozione degli stessi.

A ciò si aggiunga l'importante ruolo del principio di attribuzione delle funzioni alla stregua del quale le istituzioni comunitarie possono svolgere solo quei compiti loro espressamente conferiti dagli Stati secondo le procedure dei Trattati; questo dato non appare in linea con il potere discrezionale della p.a. o del giudice previsto nel diritto interno in relazione all'istituto della conversione.

Le stesse istituzioni comunitarie hanno, inoltre, scarsi poteri di autotutela e cioè di intervento (in chiave modificativo - conservativa ) dei propri atti, facoltà queste previste dal sistema solo in ipotesi eccezionali.

Vi è, però, una parte della dottrina<sup>56</sup> che vede come applicazione del principio di conservazione degli atti le previsioni di non trasmissibilità dei vizi e dell'annullamento parziale.

In definitiva il principio di conservazione si manifesta anche nel sistema comunitario ma con una portata ridotta e una circoscritta sfera d'azione limitata al solo profilo interpretativo.

## CAPITOLO V

### 1. IL VALORE DELLA CONSERVAZIONE NEL QUADRO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA: PECULIARITÀ E SVILUPPI

Ci si è domandati se il principio di conservazione, quale esigenza dell'ordinamento giuridico nel suo insieme, assuma le medesime caratteristiche e operi con la stessa ampiezza d'azione tanto nella materia privatistica quanto in ambito pubblicistico.

Come già evidenziato in precedenza il principio di conservazione degli atti giuridici è di portata generale in quanto trova la sua ragione giustificatrice nell'esigenza di economia dei mezzi giuridici e nella salvaguardia e conservazione dei valori espressi dal sistema nella sua globalità.

In ambito amministrativo la lentezza dell'interprete deve soffermarsi sulla natura procedimentale e funzionale della attività della p.a.<sup>57</sup> le cui peculiarità impongono l'applicazione di regole diverse rispetto al modello civilistico.

Nei due settori, privatistico e pubblicistico, l'attività giuridica, ispirata a logiche eterogenee, mira al soddisfacimento di interessi particolari, diversi e talvolta contrapposti.

Nel modello negoziale i contraenti operano in vista della realizzazione di interessi individuali ed egoistici sia pure nei limiti di liceità e meritevolezza fissati dal principio di legalità che circoscrive *ab externo* i confini entro i quali l'autonomia privata può, salvo eccezioni, esplicarsi liberamente.

Nell'area del diritto amministrativo, invece, la p.a., anche nei casi in cui fa uso di strumenti negoziali, non persegue mai interessi propri ma la sua attività procedimentale risulta teleologicamente orientata alla cura di finalità che la legge, in via eteronoma, le impone.

L'interesse pubblico è la stella cometa che guida in ogni istante l'*agere* pubblico il quale si incarna, a sua volta, in una serie coordinata di atti preordinata alla adozione di un provvedimento<sup>58</sup>.

L'attività amministrativa, lungi dall'essere libera nei fini, è funzionalizzata alla attuazione degli interessi pubblici di volta in volta individuati dalla norma attributiva del potere.

---

Inoltre non si trova alcun riferimento ad un principio di conservazione degli atti giuridici nell'ambito dei principi generali di diritto comunitario. Sul ruolo e sulle caratteristiche dei principi generali cfr. F. Capotorti, Il diritto comunitario non scritto, in Dir. co. sc. intz., 1983, p. 409 ss.

<sup>56</sup> T. De La Quadra - Salcedo, *Manual de derecho administrativo comunitario*, Madrid, 2000, p. 222

<sup>57</sup> In tal senso F. Benvenuti definiva il procedimento come " forma della funzione amministrativa " per sottolinearne il ruolo di cuore pulsante dell'azione pubblica.

<sup>58</sup> E. Cardi, Procedimento amministrativo, in Enc. giur. XXIV, Roma, 1991

Il principio di legalità opera, quindi, nel sistema pubblicistico in maniera pervasiva e penetrante consentendo alla amministrazione di provvedere solo con gli strumenti, i poteri e i rimedi che la legge ad hoc le attribuisca.

Non vi è spazio per attività libere e, cioè, *legibus solutae* nelle finalità o nelle forme.

Si rinviene, poi, un'altra differenza di fondo rispetto al sistema privatistico.

In ambito negoziale il principio di conservazione si modella sulla volontà delle parti nell'intento di preservare il più possibile l'autonomia privata e i suoi effetti.

Il regolamento di interessi, attuato dai contraenti sia pure con forme o strumenti inadeguati o non conformi al modello legale, si pone al centro dell'indagine dell'interprete il quale ad esso deve far riferimento nell'applicazione degli istituti conservativi.

In ambito pubblicistico, invece, la volontà della amministrazione rileva solo nella misura in cui essa rispecchi la funzione che la legge teleologicamente impone alla attività amministrativa.

Il canone conservativo mira alla salvezza di quegli atti che, nonostante la difformità dal paradigma normativo, raggiungano comunque il fine di cura dell'interesse pubblico legislativamente previsto.

Infatti una rinnovazione dell'atto in questi casi sarebbe in contrasto con il principio del buon andamento (art. 97 Cost.) e con i paradigmi dell'efficienza, efficacia, economicità e celerità dell'azione amministrativa.

Il valore della conservazione nel sistema pubblicistico può trovare attuazione mediante vari strumenti e a diversi livelli:

In primo luogo esso può agire sotto il profilo interpretativo.

Si applicano le regole civilistiche in tema di ermeneutica degli atti negoziali ( artt. 1362 e ss. c.c.) nei limiti di compatibilità con i requisiti di unilaterali e autoritatività che caratterizzano i provvedimenti amministrativi <sup>59</sup>.

Una importante manifestazione del principio conservativo si individua, inoltre, nella presunzione di legittimità dei provvedimenti ( pervicacemente sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa <sup>60</sup> in tema di pregiudiziale ma tuttora messa in crisi dalle pronunce della Cassazione <sup>61</sup>) quale regola interpretativa cui far ricorso in caso di dubbio sulla legittimità dell'atto.

La regola conservativa si inverte, poi, nel principio del raggiungimento dello scopo che ha avuto nei decenni una espansione notevole consentendo di superare gli eccessivi formalismi dell'attività amministrativa.

Poi il canone conservativo si incarna negli istituti della inoppugnabilità e dell'acquiescenza.

L'atto amministrativo, affetto da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, nonostante la propria invalidità, produce effetti fino alla sua caducazione ( *ex officio* o *ope iudicis* ).

Il provvedimento si caratterizza per una efficacia precaria che si stabilizza in modo irretrattabile, però, alla scadenza infruttuosa del termine decadenziale di impugnativa ( cd. inoppugnabilità ) o nelle ipotesi di acquiescenza all'atto prima della sua maturazione.

L'atto amministrativo è inoppugnabile <sup>62</sup> nel momento in cui è decorso infruttuosamente il termine di 60 gg. per la proposizione del gravame senza che l'interessato abbia agito in giudizio contestando la legittimità del provvedimento.

L'acquiescenza <sup>63</sup> si fonda, invece, su presupposti diversi: il termine per l'impugnativa dell'atto non è ancora spirato ma il soggetto interessato, *expressis verbis* o per *facta concludentia*, manifesta in modo chiaro ed univoco la volontà di non contestare il provvedimento in quanto ne accetta gli effetti nella propria sfera giuridica.

Vi è però da dire che l'amministrazione, anche a fronte di un atto non impugnato o comunque accettato dal destinatario, può in qualunque momento intervenire sul medesimo in autotutela (con

---

<sup>59</sup> M. S. Giannini, L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione, Milano, 1939 e Laschena, Interpretazione dell'atto amministrativo, in Enc. giur. XVIII, Roma, 1989

<sup>60</sup> Adunanza plenaria del Cons. Stato, 26 marzo 2003 n. 4, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>61</sup> Cass. Sez. Un., ordinanze del giugno 2006 n. 13659, 13660, 13911 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>62</sup> P. Stella Richter, L'inoppugnabilità, Milano, 1970

<sup>63</sup> E. Ferrari, voce " Acquiescenza ", in Dig. disc. pubbl., I, Torino, 1987, p. 79

l'annullamento d'ufficio o con la revoca) rimuovendolo dal mondo giuridico e incidendo così, con diversa ampiezza, sulla sua efficacia; al riguardo sono necessarie, però, alcune precisazioni: la revoca<sup>64</sup>, quale manifestazione di un potere di riesame, opera *ex nunc* e se da un lato preclude all'atto la produzione di ulteriori effetti lascia, al contempo, impregiudicati quelli già realizzatisi. L'annullamento, invece, in virtù della sua operatività *ex tunc*, travolge retroattivamente gli effetti prodotti, ma tale facoltà, anche se espressione di un potere discrezionale della amministrazione, non è libera, bensì è condizionata alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. 241/1990 (interesse pubblico, termine ragionevole, affidamento del privato, bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti).

Dunque lo spettro della conservazione aleggia anche sui poteri di autotutela con l'imposizione di precisi limiti al suo esercizio.

In ambito pubblicistico il principio conservativo opera ad ampio raggio, improntando di sé tutta una serie di istituti, dai procedimenti di II grado ( in particolare quelli ad esito conservativo ) passando per le ipotesi ( tassative ) di nullità dell'atto e per l'attività del funzionario di fatto fino ad approdare alla nuova figura delle illegittimità non invalidanti.

Di vivo interesse appare la figura della nullità recentemente codificata dalla riforma del 2005 nel nuovo art. 21 *septies* ( l. 241/90 ).

Per la prima volta le ipotesi di nullità dell'atto amministrativo, in precedenza demandate alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ricevono una copertura legislativa in termini di tipicità e tassatività.

Il legislatore, ha voluto dare una risposta al bisogno di certezza dei rapporti giuridici e di conservazione degli atti amministrativi tracciando un netto *discrimen* tra le ipotesi di nullità e quelle di inesistenza.

Ovviamente il regime ordinario di invalidità dei provvedimenti amministrativi continua ad essere quello della annullabilità, mentre la nullità rappresenta una patologia eccezionale dell'atto rinvenibile solo nei casi elencati dalla legge.

Non sono immaginabili, infatti, ipotesi di nullità virtuale in ragione della natura imperativa di tutte le norme di diritto amministrativo.

Certamente l'istituto della nullità, di matrice privatistica, ha delle caratteristiche ( imprescrittibilità dell'azione, improduttività originaria di effetti, rilevabilità *ex officio*) che per certi versi stridono con i canoni dell'azione procedimentalizzata.

La novella del 2005, non chiarendo il regime giuridico della nullità degli atti amministrativi, affida alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di individuare le regole di contemperamento dell'istituto con gli interessi e i principi sottesi all'*agere* pubblico.

## 2. LA CONVERSIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

L'istituto della conversione dell'atto amministrativo si inserisce a pieno titolo nella più ampia tematica della conservazione dei mezzi giuridici efficacemente espressa dal brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

Il quesito di fondo cui è necessario fornire una risposta è se il modello di conversione degli atti giuridici, incarnato dalla norma di cui all'art. 1424 c.c., sia esportabile nel campo del diritto amministrativo e, ove si giunga ad una soluzione affermativa, quali siano le conseguenze di questo innesto in un sistema costruito intorno alle esigenze di cura dell'interesse pubblico.

E evidente che l'istituto della conversione nel diritto amministrativo, sia pure con alcuni adattamenti, si ispiri inevitabilmente alla similare figura di cui all'art. 1424 c.c.

Per un corretto approccio al problema si deve procedere ad alcune delucidazioni:

la conversione nel diritto privato trova la propria ratio giustificatrice nel principio di buona fede che esalta la volontà delle parti in ragione della tutela del loro legittimo affidamento<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Paparella, voce "Revoca", in Enc. dir., XI, Milano, 1989, p. 204

<sup>65</sup> G. Gandolfi, op. cit.

Nel diritto amministrativo la conversione opera in senso diametralmente opposto in quanto l'operazione conservativa è compiuta unilateralmente dalla pubblica amministrazione in virtù del principio di economia dei mezzi giuridici correlato alle ragioni della collettività.

L'elemento della volontà delle parti, tipico dello schema di cui all'art. 1424 c.c., è soppiantato in ambito amministrativo dalla valutazione dell'interesse pubblico.

Anche la tutela dell'affidamento sembra appannarsi dinanzi al risplendere delle esigenze di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Come è stato acutamente osservato<sup>66</sup> “ emerge, però, un rischio di fondo: che attraverso il procedimento di conversione la pubblica amministrazione torni ad esercitare un potere di supremazia speciale in senso pregiudizievole per i privati ” i quali a fronte della conversione ( e quindi della salvezza ) dell'atto non avranno alcunché da impugnare con lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Infatti l'istituto della conversione, preservando almeno in parte l'efficacia dell'atto ( con la produzione degli effetti di un atto diverso ) ne impedisce la caducazione in danno, quindi, delle ( legittime ) aspettative del privato.

Lungi dal procedere ad una pedissequa *translatio* dell'istituto civilistico, in ragione delle diverse logiche che ispirano i due rami del diritto ( privatistico e pubblicistico), si è trovato un fondamento comune alla conversione nel generale principio di conservazione dei valori giuridici<sup>67</sup>.

Trattasi dell'assunto che rinviene nella conservazione “ un principio di ogni ordinamento nella sua totalità ”<sup>68</sup>.

Nel diritto amministrativo la conversione, in quanto espressione del principio di economia dei mezzi giuridici, postula che “ le energie della amministrazione non vadano disperse, là dove possano, senza pregiudizio, venire risparmiate ”<sup>69</sup>.

La presenza di un vizio invalidante, anziché condurre all'annullamento dell'atto, può far giungere al riconoscimento che “ l'atto provvede bene ma ragiona male ” non offrendo una sufficiente giustificazione.

Il rimedio va ricercato soltanto nella correzione della sua qualifica giuridica.

Infatti, come nel sistema privatistico ai fini della operatività della conversione il nuovo atto deve essere idoneo a perseguire il medesimo scopo pratico originariamente avuto di mira dai contraenti, così in ambito pubblicistico si pone, quale canone imprescindibile della conversione, la fungibilità tra “ funzioni (cause) di interesse pubblico tipiche di provvedimenti diversi oppure la riassumibilità del motivo nella funzione di un altro tipo di provvedimento ”<sup>70</sup>.

Il principio di conservazione, quale valore generale dell'ordinamento, riveste un ruolo di grande importanza anche nell'ambito dell'attività amministrativa imbevendo di sé una serie di istituti tra i quali spicca appunto la conversione.

Essa viene intesa come un procedimento attraverso il quale si mantiene in vita un atto invalido, avente date caratteristiche di forma e sostanza, attraverso una modifica della fattispecie legale in un'altra, differente, deputata a realizzare effetti diversi rispetto a quelli dell'atto originario.

La conversione è un'attività riservata alla pubblica amministrazione e non può essere realizzata in sede giurisdizionale perché, ove ciò avvenisse, si assisterebbe ad un'indebita sostituzione del giudice nelle valutazioni discrezionali (di compatibilità/opportunità dell'opera conservativa con l'interesse pubblico) riconosciute in via esclusiva alla amministrazione.

Ciò evidenzia un ulteriore profilo di discontinuità rispetto alla figura di cui all'art. 1424 c.c. in cui è, invece, il giudice, nella valutazione della originaria volontà delle parti, a procedere alla conversione del negozio nullo.

---

<sup>66</sup> L. Musselli, op. cit.

<sup>67</sup> E. Betti, op. cit.

<sup>68</sup> P. Bodda, op. cit.

<sup>69</sup> A. M. Sandulli, Il procedimento amministrativo, Milano, 1940, p. 351

<sup>70</sup> E. Betti, op. cit.

La conversione dell'atto amministrativo, inoltre, si mostra in sintonia con il parametro del buon andamento ( art. 97 Cost.) e con i principi della l. 241/90 che assurgono a canoni imprescindibili dell'*agere* procedimentalizzato nel perseguimento degli interessi della collettività.

Vero è che l'azione amministrativa è soggetta ad un rigido principio di legalità che impone un obbligo di corrispondenza tra atti concretamente adottati e paradigma normativo, ma risulta del pari ineludibile il profilo sostanziale del raggiungimento del fine ( la cura dell'interesse pubblico) sul cui altare deve essere sacrificato ogni rigido formalismo.

Infatti l'interprete, ora con un'attività interpretativa ora con l'utilizzo di appositi istituti applicativi ( la conversione), deve prodigarsi per salvare l'attività e gli effetti giuridici in presenza di difformità attizie meramente formali e come tali inidonee a incidere sullo scopo della norma o sul soddisfacimento della pretesa pubblicistica.

Anche ove il vizio sia grave se ne dovrà circoscrivere l'operatività " salvando il salvabile " con un'opera conservativa di rimozione della patologia o di trasformazione dell'atto invalido in un *quid minus* ascrivibile ad una altra fattispecie.

Le questioni connesse alla ammissibilità della conversione e alla estensione del suo ambito applicativo hanno animato - e continuano ad animare - i dibattiti dei migliori giuristi.

I primi studi al riguardo risalgono agli anni Trenta del secolo scorso e da allora si è accesa una discussione i cui echi si allungano fino ai giorni nostri.

Autorevole dottrina <sup>71</sup> sostiene che, ove l'atto per una qualsivoglia illegittimità non sia idoneo a conseguire il suo scopo, ma ciononostante contenga tutti gli elementi di un altro atto, l'ordinamento consenta di sostituire all'originario atto invalido un nuovo provvedimento valido ed efficace.

Il sistema, infatti, è orientato a salvaguardare " ciò che si trova di giuridicamente sostenibile nella manifestazione compiuta dall'agente " in omaggio al generale principio di conservazione dei valori giuridici che trova spazio in ogni settore dell'ordinamento.

Questa tesi giustifica ampiamente il ricorso all'istituto della conversione nel diritto amministrativo. Vengono in tal senso considerati requisiti essenziali di tale procedimento conservativo:

- 1) la presenza di un atto annullabile o nullo adottato dalla pubblica amministrazione;
- 2) il rinvenimento nel medesimo dei requisiti di forma e sostanza dell'atto sostitutivo ( cd. requisito della continenza nell'atto invalido di quello succedaneo);
- 3) la verifica certa che l'atto risponda ai bisogni pubblici previsti da norme giuridiche ( ad es: l'atto viziato viene conservato in vita per soddisfare un altro interesse che la pubblica amministrazione è comunque tenuta a perseguire).

Tale ricostruzione è stata criticata da altra parte della dottrina <sup>72</sup> secondo la quale gli atti annullabili non sarebbe passibili di conversione in quanto mancherebbe in essi il requisito della inidoneità a produrre effetti ( stante la loro piena efficacia fino alla sentenza costitutiva ) che si staglia, invece, come elemento imprescindibile della conversione.

Sulla stessa lunghezza d'onda, ma per ragioni diverse, si colloca chi <sup>73</sup> fonda l'inammissibilità della conversione sull'idea che la stessa lederebbe il principio di tipicità degli atti amministrativi attraverso " travasi " di contenuto ed effetti inconciliabili con il rigido formalismo che ispira il sistema.

Il dibattito in ordine all'istituto in esame prosegue in relazione ad altri aspetti: vi è chi nega alla conversione valenza autonoma ravvisando nella stessa una trasposizione *sic et simpliciter* di istituti privatistici elaborati dalla teoria della invalidità negoziale <sup>74</sup>.

Ma in generale tale assunto è criticato per la diversità strutturale e funzionale dei negozi rispetto agli atti di matrice pubblicistica.

---

<sup>71</sup> P. Bodda, op. cit.

<sup>72</sup> E. Guicciardi, Recensione a P. Bodda, La conversione degli atti amministrativi illegittimi, Milano, 1935, in Arch. dir. pubbl., 1936, I, p. 363

<sup>73</sup> V. Gherghi, Inammissibilità della conversione del provvedimento amministrativo, in Nuova Rassegna, 1992, 267

<sup>74</sup> G. Zanobini, Corso di diritto amministrativo, I, Milano, 1939

In molti riconoscono applicabile la conversione anche agli atti amministrativi limitandone, però, la portata sia per la scarsa frequenza casistica sia per il maggior numero di requisiti tra cui la competenza e la forma richiesti per la validità del provvedimento rispetto al negozio <sup>75</sup>.

E' del tutto evidente che alla conversione degli atti amministrativi, oggi ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza dominante <sup>76</sup>, sia riconosciuto un campo limitato d'azione rispetto agli atti privatistici.

Si afferma, infatti, che lo schema dell'art. 1424 c.c. sia applicabile ai provvedimenti illegittimi (sia pure con i dubbi sollevati da coloro che affermano l'inconciliabilità della conversione con la produzione interinale di effetti).

Infatti il rigore che caratterizza la regolamentazione della formazione, del contenuto e della efficacia degli atti amministrativi annullabili può essere di ostacolo alla applicazione dell'istituto conservativo.

La dottrina ha proseguito nella elaborazione di ulteriori assunti:

la conversione degli atti pubblicistici si manifesta come procedimento di interpretazione autentica della volontà della amministrazione al di là del *nomen iuris*, accertamento che da solo giustifica l'efficacia *ex tunc* del provvedimento convertito <sup>77</sup>.

Inoltre si sostiene la tesi che gli effetti dell'atto sostitutivo siano più limitati rispetto a quelli dell'atto sostituendo, evidenziando così la diversità tra gli effetti (maggiori) dell'atto originario e quelli (minori) dell'atto convertito <sup>78</sup>.

E' questa la tesi della riduzione quantitativa degli effetti mutuata dalla dottrina civilistica.

Nel corso dei decenni la nozione di conversione dell'atto amministrativo si è consolidata; in linea con le tesi elaborate dalla dottrina privatistica in sede di conversione negoziale, un illustre Autore ha esaminato l'istituto della conversione in diritto amministrativo sotto un duplice profilo: come conversione dell'atto nullo idonea a rilevare in termini di identificazione e interpretazione del provvedimento e come conversione degli atti annullabili.

Nel primo caso il trattamento conservativo ricalca il modello civilistico di cui all'art. 1424 c.c., mentre nel secondo la conversione necessita del previo annullamento dell'atto invalido allo scopo di rimuovere la presunzione di legittimità e gli effetti prodottisi.

Solo dal quel momento la situazione di inefficacia potrà far scattare la conversione.

La diversa ampiezza della sfera degli atti passibili di conversione rispecchia, quindi, le molteplici e diverse posizioni espresse in relazione alla categoria degli atti nulli.

In passato, in assenza di una positivizzazione delle ipotesi di nullità, arduo appariva il *discrimen*, rimesso essenzialmente alla discrezionalità dell'interprete, tra atti nulli e atti inesistenti.

Nel 2005, invece, a seguito della codificazione dei casi di nullità del provvedimento da parte della l. 241/1990, la categoria della inesistenza dell'atto ha assunto un rilievo marginale distinto e autonomo rispetto alla nullità del provvedimento.

Pertanto, oggi, viene da più parti affermata l'irrelevanza giuridica della inesistenza con conseguente inammissibilità della conversione degli atti inesistenti (a differenza di quelli nulli pacificamente soggetti a conversione).

In definitiva la conversione opererebbe in modo dissimile a fronte del tipo di invalidità (nullità o annullabilità):

automaticamente in caso di atti nulli, mentre solo previo accertamento caducatorio negli atti annullabili <sup>79</sup>.

Come autorevolmente affermato <sup>80</sup> la conversione dell'atto annullabile presenta maggiori criticità rispetto a quella dell'atto nullo in ragione del fatto che nella prima ipotesi è necessario attivare un

---

<sup>75</sup> U. Forti, *Lezioni di diritto amministrativo, Parte generale, II*, Napoli, 1950

<sup>76</sup> L. Musselli, *op. cit.*

<sup>77</sup> F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998

<sup>78</sup> P. Virga, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi, II*, Milano, 2001

<sup>79</sup> S. Capozzi, *L'invalidità parziale*, Napoli, 1987

<sup>80</sup> V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002

procedimento complesso che vede come indefettibile il previo o contestuale annullamento dell'atto viziato.

Altra dottrina ritiene che in siffatte situazioni sarebbe preferibile alludere al fenomeno di "retrodatazione degli effetti" del nuovo provvedimento anziché di efficacia retroattiva<sup>81</sup>

Con riferimento, poi, alla natura dell'atto vengono individuate, con riconoscimento unanime, tre tipologie di conversione<sup>82</sup>:

- 1) la conversione di un atto amministrativo in altro atto amministrativo;
- 2) la conversione di un atto amministrativo in un atto di diritto privato;
- 3) la conversione di un atto di diritto privato in un atto amministrativo

In tutti i casi sopra citati il nuovo atto deve svolgere una funzione di interesse pubblico analoga a quella dell'atto originario.

### 3. PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE E POTERI DI AUTOTUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La *voluntas legis* di salvare l'attività giuridica realizzata si manifesta con particolare significato nel potere di riesame che la legge stessa attribuisce alla amministrazione in relazione ai provvedimenti da essa adottati.

La funzione di riesame<sup>83</sup> è una funzione di amministrazione attiva attraverso la quale, in omaggio ai principi di legalità e buon andamento ( art. 97 Cost. ), la p.a. rivede i propri atti, sotto il profilo della legittimità e/o dell'opportunità, per una esigenza di verifica e adattamento continue dell'azione amministrativa alle finalità pubblicistiche.

L'autotutela ( decisoria<sup>84</sup> ) si sostanzia in una serie di poteri discrezionali, sull'*an* ( iniziativa facoltativa ), sul *quid* ( perché alternativamente a contenuto repressivo, modificativo - conservativo, confermativo ) e sul *quando* ( può essere esercitata in ogni tempo ).

Dal 2005 la *potestas riesaminandi* della p.a. ha, per la prima volta, un fondamento normativo negli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. 241/90.

Il fenomeno dell'autotutela si iscrive nell'alveo dei procedimenti di secondo grado, i quali si concludono con un atto (espreso) conservativo o caducatorio.

La *summa divisio* è, quindi, tra procedimenti ad esito demolitivo ( annullamento d'ufficio e revoca ) e procedimenti ad esito conservativo ( convalida, sanatoria, conversione, conferma e ratifica ).

Anche nel sistema amministrativo il tema della conservazione degli atti giuridici interferisce con il principio della tutela dell'affidamento incolpevole dei destinatari condizionando fortemente, in chiave limitativa, il potere di riesame della p.a.<sup>85</sup>

La tutela del legittimo affidamento, di matrice comunitaria<sup>86</sup>, si corrobora con il fluire del tempo in quanto il decorso temporale rafforza nei destinatari dell'atto la convinzione circa la spettanza del bene della vita e, per l'effetto, censura e limita il potere caducatorio pubblico<sup>87</sup>.

Infatti la consistenza della situazione fattuale consolidatasi sulla base dell'atto illegittimo o inopportuno può dissuadere la amministrazione dalla rimozione del provvedimento all'esito di una valutazione ponderativa di tutti gli interessi coinvolti.

---

<sup>81</sup> E. Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2002

<sup>82</sup> L. Musselli, op. cit.

<sup>83</sup> A. Contieri, Il riesame del provvedimento amministrativo, Napoli, 1991

<sup>84</sup> G. Coraggio, voce "Autotutela", I, Diritto amministrativo, in Enc.giur., IV, Roma, 1988

<sup>85</sup> F. Merusi, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico-dagli anni trenta all'alternanza-, ed. Giuffrè, Milano, 2001.

L'autore osserva: " l'ordinamento giuridico nelle sue varie branche non appare dominato da principi persecutori nei confronti degli atti invalidi ma dal principio di conservazione e di tutela degli interessi consolidati anche se generati da atti invalidi ". La buona fede, infatti, impone alla p.a. di rispettare quelle situazioni di vantaggio cristallizzate nella sfera giuridica dei privati attraverso atti invalidi adottati dalla stessa amministrazione e non tempestivamente annullati.

<sup>86</sup> Corte Giust., 3 maggio 1978, C 112/77, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>87</sup> F. Caringella, Atti del convegno: " Affidamento ed autotutela: la strana coppia ", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Autorevole dottrina<sup>88</sup> riconduce il principio dell'affidamento al canone generale della buona fede, un valore quest'ultimo che nell'elaborazione comunitaria si coniuga con il principio di proporzionalità che impone, in una dimensione contemporanea, il soddisfacimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio possibile degli interessi privati.

In generale la giurisprudenza comunitaria, sin dal 1957 ( sentenza Algera<sup>89</sup>), ha elaborato requisiti e limiti del potere di autotutela decisoria<sup>90</sup>, individuandoli:

- a) nell'esigenza di un bilanciamento in concreto degli interessi in gioco;
- b) nel rispetto di un termine ragionevole;
- c) nella tutela dell'affidamento incolpevole;
- d) nella decorrenza *ex nunc* della revoca e nella graduazione degli effetti retroattivi dell'annullamento.

Nelle sue prime pronunce la Giurisprudenza comunitaria si occupa, però, esclusivamente di ipotesi di amministrazione comunitaria diretta relative, cioè, ad atti della Commissione.

Solo successivamente con le sentenze Alcan<sup>91</sup>, Delena Wells<sup>92</sup> e Kuhne & Heitz<sup>93</sup> la Corte di Giustizia si esprimerà su casi di autotutela decisoria riguardanti pubbliche amministrazioni nazionali degli Stati membri.

Dalla lettura delle motivazioni si evince l'obbligo per le amministrazioni nazionali di riesaminare gli atti amministrativi posti in essere in violazione del diritto comunitario con i poteri e gli strumenti di autotutela previsti dai singoli ordinamenti ( principio di autonomia procedurale degli Stati membri).

Pertanto alla p.a. è rimesso il compito di valutare *ex novo* ed in concreto gli interessi (pubblici e privati) in rilievo facendo applicazione del metro della proporzionalità comunitaria<sup>94</sup> per individuare il punto di equo temperamento degli stessi.

I valori in gioco sono, da un lato, il rispetto e il primato della normativa comunitaria coniugato al valore dell'effettività e al dovere di leale collaborazione gravante sugli stati (quale obbligo di rimuovere le violazioni delle norme comunitarie) e, dall'altro, i principi della certezza del diritto e dell'affidamento incolpevole del privato.

“ Nessun interesse può prevalere automaticamente sull'altro ”<sup>95</sup>.

E' compito della amministrazione, caso per caso, in ragione delle peculiarità della vicenda, dare prevalenza agli uni o agli altri con lo strumento e con l'intensità più idonei ad offrire una giusta composizione degli interessi coinvolti.

In una siffatta prospettiva è allora evidente che l'esigenza conservativa risulterà premiata tutte le volte in cui il decorso di un congruo lasso temporale, accompagnato dal radicamento delle situazioni soggettive e dei relativi effetti, scongiurerà l'amministrazione dal rimuovere l'atto optando, invece, per una soluzione salvifica dell'efficacia del provvedimento.

Qualora, invece, la p.a. consideri prevalente l'osservanza della legalità comunitaria e il suo ripristino, nell'esercizio delle proprie prerogative di autotutela, annullerà d'ufficio il provvedimento in contrasto con l'*acquis communautaire*, con caducazione retroattiva dei suoi effetti.

---

<sup>88</sup> F. Merusi, op. cit. Secondo l'autore in passato le principali obiezioni alla vigenza del principio di buona fede nell'ordinamento amministrativo erano ravvisate:

- 1) Nella prevalenza e assorbimento dell'interesse pubblico
- 2) Nelle posizioni diseguali e sperequate dei privati a fronte dei privilegi e della primazia riconosciuti alla amministrazione

<sup>89</sup> Corte Giust., sent. 12 luglio 1957, in cause riun. 7/56, 3/57 a 7/57 Algera Dineke e.a.c. Alta Autorità in Racc., 1957 p. 81 ss. punto III

<sup>90</sup> D. U. Galetta, Autotutela decisoria e diritto comunitario, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2005, I, p. 35

<sup>91</sup> Corte Giust., sentenza 20 marzo 1997, in causa C-24/95, in [www.europa.eu.int/eur-lex/it](http://www.europa.eu.int/eur-lex/it)

<sup>92</sup> Corte Giust., sentenza 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, Delena Wells c. Secretary of State for transport, Local government and the Regions, reperibile sul sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>93</sup> Corte Giust., sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>94</sup> Art. 5 del Trattato sulla Comunità europea firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1958

<sup>95</sup> D. U. Galetta, op. cit.

Vi è, però, chi evidenzia che in queste ipotesi il potere di riesame della amministrazione risulti non già discrezionale bensì doveroso<sup>96</sup>.

Così ragionando un provvedimento in contrasto con una norma comunitaria obbligherebbe la p.a. ad annullarlo alla stregua del principio di leale collaborazione<sup>97</sup> e del primato del diritto comunitario. Questa tesi evoca quell'orientamento del Consiglio di Stato che ha ritenuto che l'accertamento dell'illegittimità degli atti amministrativi per contrasto con il diritto comunitario sia da sola sufficiente " a radicare un concreto e attuale interesse pubblico e ad escludere una preminente valutazione dell'interesse del privato alla conservazione dell'atto "<sup>98</sup>.

" Il generico potere di riesame diventa, dunque, in una tale circostanza un preciso dovere della amministrazione "<sup>99</sup> ( principio di doverosità dell'azione amministrativa ).

L'interesse pubblico all'annullamento sarebbe, pertanto, *in re ipsa*, prevalente *ab origine* rispetto all'affidamento dei privati, di talchè alla p.a. verrebbe preclusa l'adozione di un provvedimento di II grado ad esito conservativo essendo ella costretta a caducare il provvedimento.

Una simile ricostruzione non può essere accolta in quanto in contrasto sia con la natura discrezionale del potere di autotutela riconosciuto alla amministrazione dalla l. 241/1990 sia con le pronunce della Corte di Giustizia in precedenza citate.

In primo luogo si deve partire da un dato: la *potestas riesaminandi*, per la sua discrezionalità, può condurre l'amministrazione, all'esito di una nuova ponderazione comparativa degli interessi in gioco, tanto alla caducazione quanto alla conservazione dell'atto in contrasto con la normativa comunitaria.

Inoltre la semplice constatazione di una illegittimità, sia pure comunitaria, non è fattore di per sé idoneo a giustificare il ritiro del provvedimento, dovendo la p.a. valutare in concreto l'interesse pubblico al ripristino della legalità con tutti gli interessi ( pubblici e privati ) coinvolti, alla luce del tempo trascorso dalla adozione dell'atto e in ragione degli affidamenti sorti.

Vero è che nel sistema italiano sono previsti anche casi di annullamento doveroso ma essi rappresentano ipotesi eccezionali tassativamente codificate che nulla hanno a che vedere con l'esercizio dei poteri di autotutela decisoria.

Inoltre dalle sentenze Alcan, Delena Wells e Kuhne & Heitz si evince che la doverosità non concerne l'esito della valutazione dell'atto ( e cioè il suo annullamento, bensì riguarda l'esercizio del potere di riesame.

Infatti l'amministrazione, nelle ipotesi di contrasto di un provvedimento con il diritto comunitario, è obbligata ad effettuare una nuova e concreta valutazione degli interessi in rilievo per accertare se è più forte l'affidamento del privato, con conseguente salvezza dell'atto sia pure affetto da illegittimità comunitaria, o se prevalgono i principi comunitari con inevitabile annullamento dello stesso.

Si tratta pur sempre di una scelta discrezionale dell'amministrazione modellata sulla fattispecie concreta e sulle posizioni in gioco.

Recentemente il Consiglio di Stato<sup>100</sup>, richiamando le pronunce Kuhne & Heitz e Wells ha criticato quel suo precedente orientamento favorevole alla doverosità dell'annullamento degli atti amministrativi anticomunitari, affermando che l'esercizio del potere di autotutela, per sua natura discrezionale, non possa essere ricondotto alla doverosità.

Infatti, *ex adverso*, l'adesione alla tesi dell'annullamento doveroso comporterebbe un sacrificio a priori dei valori della certezza e dell'affidamento del privato, in evidente contrasto con i caratteri tipici della autotutela decisoria e con la regola di giudizio della proporzionalità comunitaria.

---

<sup>96</sup> M. Sinisi, La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con i regolamenti comunitari, Nota a Tar Si - Palermo, 28 settembre 2007, n. 2049, in *Il Foro amministrativo Tar*, 2007, fasc.10, pp. 3265-3276

<sup>97</sup> Art. 10 del Trattato sulla Comunità europea. Il Trattato fu firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1958

<sup>98</sup> Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>99</sup> M. Sinisi, op. cit.

<sup>100</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2006 n. 1023, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

Da ultimo è necessario affrontare la spinosa questione dei rapporti applicativi intercorrenti tra il principio di conservazione e i poteri di riesame: va, infatti, chiarito se, all'esito di un giudizio comparativo, sussista tra gli stessi una relazione di simpatia o di antipatia.

A prima vista l'automatismo che caratterizza il meccanismo conservativo apparirebbe in contrasto con i complessi procedimenti di II grado caratterizzanti la potestà di autotutela.

Però è anche chiaro che, ciononostante, il valore della conservazione permea di sé tutti i procedimenti di II grado soprattutto a seguito dell'introduzione, ad opera della novella del 2005, di una serie di limiti alla discrezionalità della p.a. in ordine alla caducazione dell'atto.

Da ciò discende una piena compatibilità tra principio conservativo e poteri di autotutela in quanto la p.a. nell'attività di riesame dei propri atti è tenuta a coniugare l'interesse pubblico con il consolidamento degli effetti dell'atto e con il radicamento delle posizioni soggettive dei privati.

#### 4. IL PRINCIPIO CONSERVATIVO APPLICATO ALLA ATTIVITÀ DEL FUNZIONARIO DI FATTO

Un banco di prova importante per verificare la tenuta del principio generale di conservazione in ambito amministrativo è rappresentato dalla figura del funzionario di fatto<sup>101</sup>.

A riguardo in dottrina non vi è concordanza di opinioni: secondo alcuni<sup>102</sup> opinabile e soggettiva è l'individuazione dei vari casi di funzionario di fatto e risulta, altresì, poco chiaro il criterio di riduzione ad unità delle molteplici figure ipotizzabili.

Secondo altri<sup>103</sup> è, invece, possibile scorgere caratteri unitari di un unico modello di funzionario di fatto ma soltanto nel diritto amministrativo.

I dubbi sollevati in passato non sono stati del tutto dissipati a fronte di un fenomeno che si mostra tuttora variegato e composito.

Per funzionario di fatto si intende il soggetto, privo di legittimazione, che compia, in nome della amministrazione, uno o più atti con i terzi ingenerando nei destinatari un legittimo affidamento in ordine alla riferibilità di quella attività al soggetto pubblico.

“ Il difetto di legittimazione può essere originario, per mancanza, nullità o inefficacia dell'atto di investitura ovvero sopravvenuto, nel caso in cui l'investitura illegittima sia stata annullata in sede giurisdizionale o amministrativa”<sup>104</sup>.

La tematica dello svolgimento di funzioni di fatto è da sempre oggetto di dispute in ordine soprattutto al profilo della riferibilità degli atti alla amministrazione pubblica.

L'interprete è chiamato, inoltre, a rintracciare i confini dell'ambito applicativo della figura in esame.

“ Esso, infatti, è stato dilatato o ristretto in relazione alla divaricazione che può sussistere tra il rapporto di servizio e il rapporto organico ”<sup>105</sup>.

Infatti, pur in assenza di un rapporto di servizio, può configurarsi, a certe condizioni, un rapporto organico il quale, a differenza del primo, può sorgere anche in via di fatto.

Le fattispecie in ordine alle quali viene evocata la figura del funzionario di fatto sono le seguenti<sup>106</sup>:

- 1) atto di nomina viziato;
- 2) atto di nomina insussistente ed inserimento in via di fatto del soggetto nell'apparato con la tolleranza della pubblica amministrazione;

<sup>101</sup> Agostinelli, Il funzionario di fatto, I, Campobasso, 1921 e Vitta, Il funzionario di fatto, in Riv. trim. dir. pubbl., 1923, I, p. 473

<sup>102</sup> Lucifredi, Note per una analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione, in Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni, Milano, 1965, p. 120

<sup>103</sup> Vitta, op. cit.

<sup>104</sup> M. De Palma, Sulla teoria del funzionario di fatto, Nota a sentenza, Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in Urb. e App., IV, 2000, p. 429

<sup>105</sup> R. Galli, Corso di diritto amministrativo, vol. I, IV, ed., Cedam, 2004

<sup>106</sup> A. Tomassetti, Relazione svolta al master di diritto amministrativo nel 2007 presso l'istituto Ceida

- 3) usurpazione di pubblico ufficio;
- 4) prorogatio.

In via generale la problematica del funzionario di fatto può essere svolta nell'alveo di due principi fondamentali:

- a) quello di legittimo affidamento;
- b) quello di conservazione.

L'idea di conservazione dell'attività giuridica ( con i relativi effetti ) compiuta dal funzionario di fatto ha la sua ratio giustificatrice nella esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole di coloro che siano addivenuti alla stipulazione di un atto nell'erronea convinzione di operare con un organo della amministrazione.

E' questa un' ipotesi di *apparentia iuris*<sup>107</sup> in cui il funzionario di fatto appare dinanzi ai terzi, in virtù di elementi chiari, univoci e concordanti, legittimato a stipulare come organo della p.a sulla base di un rapporto organico scaturito da una relazione di fatto con i destinatari.

L'ordinamento valorizza in questi casi il principio generale di buona fede che si caratterizza come parametro regolativo delle relazioni intersoggettive.

Il legittimo affidamento del terzo, nato dalla situazione di apparenza, è meritevole di tutela, di talchè il sistema prevede la conservazione degli atti giuridici compiuti dal funzionario, se favorevoli al destinatario, e la loro imputazione alla pubblica amministrazione.

Tale affidamento non può essere sacrificato per ragioni di pubblico interesse.

Certamente si deve distinguere la sorte e il regime degli atti del funzionario di fatto favorevoli per il terzo da quelli sfavorevoli.

Secondo la giurisprudenza<sup>108</sup> gli atti favorevoli del funzionario di fatto possono acquistare rilevanza ed efficacia giuridica, mentre per quelli sfavorevoli non può che parlarsi di invalidità (*sub specie* di nullità dell'atto).

Ciò si spiega anche alla luce dei principi di certezza e stabilità dei traffici.

Va, però, sciolto un ulteriore nodo problematico: infatti se, da un lato, la salvezza dell'atto ( favorevole al destinatario) e la sua imputazione alla p.a. consentono la tutela delle posizioni soggettive create nei terzi e la conservazione dei valori giuridici espressi, dall'altro, sembrano arrecare un vulnus quasi insanabile ai principi di legalità e buon andamento che governano l'esercizio della funzione amministrativa.

Infatti l'amministrazione pubblica vede attribuirsi gli atti del funzionario di fatto ( soggetto non legittimato ad agire ) in carenza di qualsivoglia rapporto di servizio, subendone passivamente i relativi effetti, in assenza di un fondamento legale di imputazione.

La giurisprudenza maggioritaria, in relazione agli atti favorevoli, è orientata attualmente a far prevalere i principi di affidamento in ordine all'*apparentia iuris* e di conservazione dell'efficacia degli atti compiuti sul principio di legalità e sulla sanzione dell'invalidità attizia.

## 5. L'ESIGENZA DI CONSERVAZIONE TRA PRINCIPIO DI IRREGOLARITÀ E ILLEGITTIMITÀ NON INVALIDANTI

Da ultimo l'interprete è chiamato ad analizzare il principio di conservazione dopo averlo immerso nelle perigliose acque della figura dell'irregolarità e del nuovo "Ircocervo" delle illegittimità non invalidanti.

---

<sup>107</sup> L'*apparentia iuris* è un principio generale dell'ordinamento giuridico in base al quale il sistema, a date condizioni, conferisce efficacia giuridica a situazioni apparenti come fossero reali in virtù della loro idoneità ad ingenerare legittime aspettative nei terzi. Infatti la *ratio legis* di questa forma di tutela risiede nella volontà di salvaguardare l'incolpevole affidamento del terzo che in buona fede abbia confidato nella imputazione dell'atto al soggetto pubblico presso il quale il funzionario appariva incardinato.

<sup>108</sup> Cons. Stato, 20 maggio 1999 n. 853, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) : " Il fondamento del principio del funzionario di fatto risiede nell'esigenza di tutelare la buona fede del terzo, per cui tale principio può essere invocato a vantaggio, ma non a danno del terzo ".

Per individuare al meglio l'ampiezza e le caratteristiche del canone conservativo è necessario principiare da una breve trattazione circa la natura strutturale degli istituti sopra citati nel tentativo di scorgere un *discrimen* tra le due fattispecie.

L'irregolarità è una lieve difformità dell'atto amministrativo dallo schema legale e in quanto tale inidonea ad invalidarlo.

Come autorevolmente sostenuto essa si identifica nella conseguenza dell'inosservanza di leggi innocue in quanto di minor conto <sup>109</sup>.

Trattasi di anomalie lievi dell'atto che si riscontrano quando la divergenza tra la fattispecie concreta e il paradigma normativo è ad un livello inferiore rispetto ai casi che sfociano nella nullità o nell'annullabilità <sup>110</sup>.

L'irregolarità, di conseguenza, si manifesta come concetto autonomo rispetto alle nozioni di validità e di invalidità <sup>111</sup>.

L'atto irregolare è un *tertium genus* alternativo e diverso sia dall'atto valido che da quello invalido: " difforme dallo schema normativo, e quindi distinto dall'atto valido, ma, al contempo, affetto da difformità meno gravi rispetto a quelle che danno luogo all'invalidità dell'atto " <sup>112</sup>.

Attualmente il concetto di irregolarità si articola in due nozioni applicative l'una oggettiva l'altra soggettiva.

La prima ipotesi si caratterizza esclusivamente per una difformità dell'atto dallo schema legale, mentre nel secondo caso è richiesto, oltre alla divergenza dal parametro normativo, un *quid pluris* consistente nell'irrogazione di una sanzione a carico dell'agente.

E' d'uso classificare l'irregolarità in due categorie <sup>113</sup>:

- 1) l'irregolarità provvedimentale: investe l'atto ex se il quale contiene indicazioni erronee ( ma l'errore è lieve ), ultronee rispetto al contenuto tipico oppure mostra lacune ( colmabili );
- 2) l'irregolarità procedimentale: concerne il procedimento amministrativo, i suoi atti e i suoi momenti.

L'irregolarità è un istituto generale che non ha un esplicito fondamento positivo.

Saltuariamente affiorano nella normativa vigente fattispecie di irregolarità sganciate le une dalle altre senza alcuna visione di insieme.

Alla dottrina e alla giurisprudenza è demandato il compito offrire la definizione di un fenomeno così composito e variegato e di specificarne, altresì, le caratteristiche e le ipotesi applicative.

La *ratio* ispiratrice dell'istituto è individuata ora nella conservazione dei valori giuridici, ora nel principio del raggiungimento dello scopo, talaltra nell'esigenza di semplificare le procedure amministrative.

Le illegittimità non invalidanti rappresentano una nuova figura introdotta dalla novella del 2005 che ha inserito l'art. 21 *octies* nel tessuto normativo della l. 241/1990.

Nella più ampia riforma della invalidità dell'atto amministrativo il legislatore ha inteso preservare il provvedimento dall'annullamento per vizi formali, precludendo l'effetto invalidante a fronte di talune violazioni di legge in una prospettiva di dequotazione dei vizi formali.

E' stata elaborata, pertanto, una disposizione normativa complessa ( l'art. 21 *octies* ) che si articola in due distinti precetti, un primo dedicato ai cd. vizi formali e procedurali negli atti vincolati, un secondo rivolto a quel particolare vizio costituito dalla omessa comunicazione di avvio del procedimento nell'alveo dei provvedimenti discrezionali e non.

---

<sup>109</sup> M. S. Giannini, Diritto amministrativo, vol. II, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 334 e ss.

<sup>110</sup> L. Galateria - M. Stipo, Manuale di diritto amministrativo. Principi generali, Utet, Torino, 1998

<sup>111</sup> A. M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, p. 711.

Secondo l'autore l'irregolarità " non ha nulla che vedere con l'invalidità ". Anche ad avviso di M.S. Giannini, op.cit, l'irregolarità è un'anormalità diversa dall'invalidità.

<sup>112</sup> P. M. Vipiana, Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità, Padova, 2003, Cedam

<sup>113</sup> M. S. Giannini, op. cit.

Con riferimento agli atti vincolati in caso di vizi di carattere formale o procedimentale, ove il g.a. ritenga che essi non incidano sul contenuto dell'atto e che la p.a. non avrebbe potuto adottare che quel provvedimento ( cd. alternativa di diritto ), non potrà esservi annullamento giurisdizionale. In relazione al secondo inciso del comma II dell'art. 21 *octies* la questione si pone in relazione all'omesso avviso di avvio del procedimento.

In questa ipotesi, per scongiurare la caducazione giurisdizionale dell'atto, la p.a. dovrà provare in giudizio che l'eventuale apporto collaborativo del privato sarebbe stato irrilevante ai fini del contenuto dispositivo dell'atto ( cd. alternativa di fatto ).

La norma di cui all'art. 21 *octies* mira ad evitare che qualunque violazione di legge si traduca sempre nell'annullamento dell'atto impugnato.

Il legislatore della novella in tal senso ha voluto superare gli eccessivi formalismi del principio di legalità a beneficio di un sindacato sostanziale sulla legittimità degli atti che offra tutela effettiva al privato salvaguardando al contempo l'economicità e l'efficienza della azione amministrativa. Tutto ciò perchè la caducazione del provvedimento sulla base di vizi di forma non offre protezione alle istanze del cittadino né garantisce il buon andamento dell'*agere* pubblico.

Infatti l'annullamento *ope iudicis* non consuma interamente la discrezionalità della p.a., la quale potrà riesercitare il potere adottando un provvedimento dello stesso contenuto di quello caducato, sia pure emendato dei vizi formali, nel pieno rispetto dell'effetto conformativo del giudicato.

Stando così le cose il privato avrà ricevuto con il primo annullamento una tutela non effettiva bensì meramente apparente e vi sarà stato, contestualmente, uno spreco di tempi e mezzi giudiziari e amministrativi con lesione degli artt. 97 e 111 Cost.

La l. 15/2005 ha posto un argine a questo fenomeno che in passato aveva prodotto effetti devastanti sul sistema.

Si deve, ora, esaminare la natura giuridica delle illegittimità non invalidanti: siamo dinanzi ad una forma di irregolarità, ad un vizio di legittimità oppure ad un *tertium genus* di tipo ibrido ?

La materia dell'irregolarità è stata sviscerata quasi in ogni aspetto dalla dottrina più autorevole<sup>114</sup> anche se oggi nuovi interrogativi sorgono dal confronto con la nuova figura di cui all'art. 21 *octies*. La giurisprudenza amministrativa<sup>115</sup> esclude che la norma in esame abbia determinato una degradazione del vizio di legittimità a mera irregolarità.

L'atto irregolare si caratterizza per una devianza lieve dall'archetipo normativo che si incarna in una difformità inidonea ad integrare un vizio dell'atto.

Pertanto l'irregolarità non conduce mai all'annullamento del provvedimento amministrativo.

Le illegittimità non invalidanti, invece, sono veri e propri vizi di legittimità, inquadrabili nella violazione di legge, che inficiano l'atto rendendolo astrattamente passibile di annullamento.

Il fatto che poi l'atto venga salvato dalla demolizione è questione rimessa alla verifica in sede processuale ( d'ufficio o su prova fornita dalla p.a.) di una serie di condizioni e presupposti ulteriori ed eventuali.

Inoltre l'irregolarità opera *ex ante* ed in astratto per cui il provvedimento, deviante dallo schema legale, è atto *ab origine* irregolare e la verifica del giudice è riferita al momento della adozione dell'atto e, dopo il confronto con la norma di riferimento, si traduce in un giudizio favorevole di legittimità.

Nelle ipotesi di cui all'art. 21 *octies* II co. , invece, siamo in presenza di un vero e proprio vizio di illegittimità che non comporta l'annullamento dell'atto solo allorché il giudice, con una verifica *ex post* e in concreto, accerti che il contenuto del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso. In questo caso accerta la situazione fattuale e giuridica con riferimento non al momento della emanazione dell'atto bensì a quello della sua pronuncia giudiziale considerando in tal senso tutti gli elementi emersi o provati in sede processuale.

---

<sup>114</sup>A. Romano Tassone, Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi, Torino, 1993

<sup>115</sup> Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

Trattasi dunque di un giudizio diverso da quello in tema di irregolarità in quanto successivo, di natura processuale e ad esito incerto ( potrà portare all'annullamento giurisdizionale dell'atto o alla sua conservazione).

Le due figure dell'irregolarità e delle illegittimità non invalidanti, pertanto, appaiono eterogenee e non risultano sovrapponibili né assimilabili sotto alcun profilo.

Ciononostante una parte della dottrina individua il fondamento dell'art. 21 *octies* nel principio del raggiungimento dello scopo attraverso un parallelismo con la ratio giustificatrice dell'irregolarità. A rigore, però, stante la diversità strutturale degli istituti, la causa fondativa non può essere la medesima.

Il principio del raggiungimento dello scopo, guardando alla norma e ai suoi effetti, qualifica l'atto in termini di irregolarità allorché, nonostante la devianza dal modello normativo, si realizzi comunque la *voluntas legis*.

In tale situazione la norma, pur violata in modo formale e apparente, è nella sostanza osservata in quanto raggiunge lo scopo che teleologicamente la orienta.

Nell'ambito delle illegittimità non invalidanti l'indagine non concerne il raggiungimento dello scopo della norma ( anzi la sua non realizzazione è condizione di applicabilità dell'art. 21 *octies* ) bensì il risultato complessivo della vicenda attraverso un giudizio prognostico sul contenuto dell'atto ove la disposizione fosse stata osservata.

Il principio del raggiungimento dello scopo postula che la norma violata in apparenza realizzi la propria ratio, di talché l'atto, soddisfacendo la finalità della disposizione, risulta sostanzialmente legittimo.

Il principio del raggiungimento del risultato, caratterizzante la norma di cui all'art. 21 *octies*, presuppone, invece, un fenomeno totalmente eterogeneo.

Infatti la norma è violata sia nella forma che nella sostanza in quanto non ha raggiunto il suo scopo. Di conseguenza l'atto è illegittimo ed astrattamente caducabile anche se a questo punto il legislatore introduce una fase ulteriore nella quale il giudice è chiamato a verificare la sussistenza in concreto di alcune condizioni impeditive dell'annullamento giurisdizionale e, cioè, deve essere palese o va provato dalla p.a. che “ il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ”.

In sostanza, se da un giudizio ipotetico emerge che, anche osservando la norma violata, il risultato non sarebbe mutato ossia che la amministrazione avrebbe comunque adottato un atto di identico contenuto, il g.a., nonostante l'illegittimità, non può annullare l'atto.

L'art. 21 *octies* prevede, quindi, un meccanismo di sanatoria processuale.

Siamo al cospetto di una indagine più ampia che partendo dalla situazione concretamente realizzatasi deve giungere con riferimento all'ipotesi di omesso avviso di avvio del procedimento fino alla prova dell' *id quod non est* ( di ciò che non è stato e che non avrebbe potuto verificarsi nemmeno con l'osservanza delle norme violate).

E' questa la cd. prova di resistenza che l'amministrazione ha l'onore di fornire in giudizio per la salvezza dell'atto.

In definitiva il principio di conservazione anima sia l'istituto della irregolarità che quello delle illegittimità ininfluenti poiché in entrambi palese è l'esigenza di preservare l'attività amministrativa posta in essere.

Nelle due fattispecie però appaiono diversi sia l'ampiezza operativa che l'intensità del canone conservativo: nella irregolarità è molto ampia poiché, pur in assenza di precisi riferimenti normativi, la giurisprudenza ha elaborato una ricca casistica di atti irregolari che vengono salvati nella propria validità ed efficacia.

Ciò si giustifica in ragione della lieve anormalità che l'atto irregolare mostra rispetto al paradigma legale e in virtù della sua legittimità sostanziale a seguito del raggiungimento dello scopo.

Più circoscritto è, invece, l'ambito applicativo del principio di conservazione nelle illegittimità non invalidanti che opera negli angusti limiti tracciati dall'art. 21 *octies* ( vizi formali o procedurali negli atti vincolati e mancato avviso di avvio del procedimento ).

La conservazione del provvedimento, inoltre, è frutto di una attività complessa ossia di un accertamento giudiziale *ex post* ancorato alla ricorrenza di particolari condizioni di legge. Nonostante il ristretto ambito operativo il principio di conservazione opera nell'ambito delle illegittimità influenti con una intensità maggiore rispetto ai casi di irregolarità poiché nelle ipotesi contemplate dall'art. 21 *octies* riscontriamo veri e propri vizi di legittimità dell'atto astrattamente idonei a demolirlo.

Di conseguenza la non caducazione dell'atto si pone quale eccezione alla regola generale della annullabilità dei provvedimenti emanati in violazione di legge ed è il risultato di una precisa *voluntas legis* ispirata ad esigenze di politica giudiziaria.

## CONCLUSIONI

La conservazione è un valore immanente al sistema che supera i singoli settori per abbracciare l'intero ordinamento giuridico, le sue regole, i suoi istituti applicativi.

Trattasi, quindi, di un principio generale, trasversale e dai confini evanescenti, che opera oltre le singole previsioni normative, irradiandosi là dove vi sia l'esigenza di preservare una qualche attività giuridica.

Risulta, inoltre, difficile per l'interprete procedere ad una elencazione esaustiva delle ipotesi di conservazione degli atti giuridici per le vaste dimensioni del fenomeno e di conseguenza qualsivoglia attività classificatoria avrà un valore meramente esemplificativo.

Il principio di conservazione nasce essenzialmente come criterio ermeneutico dell'attività negoziale e della *voluntas contrahentium* inverandosi e dispiegandosi, poi, a macchia d'olio, in una serie di istituti sostanziali e non.

E' poi in ambito amministrativo che l'applicazione del principio conservativo ha incontrato le maggiori resistenze sia nelle caratteristiche dell'*agere* pubblico procedimentalizzato che nel ruolo dell'amministrazione immersa, per sua natura, in rigidi schemi legali.

Infatti nel diritto amministrativo l'idea di conservazione va valutata sempre alla stregua degli interessi ( pubblici e privati) in rilievo a seguito di una complessa opera comparativo - valutativa.

In definitiva secondo un recente orientamento dottrinario<sup>116</sup> il principio di conservazione in ambito pubblicistico presenta quattro modalità applicative:

- a) parametro interpretativo
- b) requisito di inoppugnabilità
- c) requisito di acquiescenza
- d) provvedimento di II grado

## BIBLIOGRAFIA

Agostinelli, *Il funzionario di fatto, I, Campobasso, 1921*

Andreoli, *Note in tema di contratto di lavoro nullo, in Riv. dir. lav., 1952, p. 39 s.s.*

Barbera A. – Fusaro C., *Corso di diritto pubblico, III ed., il Mulino, Bologna, 2004*

Bassi F., *Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1998*

Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano, vol. I e II, Roma, 1889-91*

Betti E., *Teoria generale del negozio, II ed., Torino, 1960.*

Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, 1949, pp. 261 ss.*

Betti E., *La conversione del negozio giuridico, in Noviss. Dig. ita., IV, p. 811*

Bianca M., *L'obbligazione naturale, in libro IV, l'obbligazione, ed. Giuffrè, ristampa aggiornata, Milano, 1993*

Bigliazzi Geri L., *L'interpretazione del contratto, in Commentario al codice civile, Milano, 1991*

---

<sup>116</sup> F. Caringella, op. cit

Bodda P., *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935

Campobasso G. F., *Diritto commerciale*, VI ed., Utet, Torino, 2006

Capotorti F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. co. sc. intz.*, 1983, pp. 409 ss.

Capozzi S., *L'invalidità parziale*, Napoli, 1987

Caprioli, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, spec. pp. 66 e ss., 83 e ss.

Cardi E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991

Caringella F., *Atti del convegno: Affidamento ed autotutela : la strana coppia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002

Catricalà A., *L'esame di diritto civile*, ed. Maggioli s.p.a., Rimini, 2006,

Contieri A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991

Coraggio, voce "Autotutela", I, *Diritto amministrativo*, in *Enc.giur.*, IV, Roma, 1988

Casentini C., voce "Ratihabitio", in *Noviss. Dig. it.*, XIV, p. 895

De Cupis, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in *Dir. e giur.*, 1947, p. 93

De La Quadra-Salcedo T., *Manual de derecho administrativo comunitario*, Madrid, 2000, p. 222

De Palma, *Sulla teoria del funzionario di fatto*, Nota a sentenza, *Cons. Stato*, sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in *Urb. e App.*, IV, 2000, p. 429

Ferrari, voce "Acquiescenza", in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 79

Forti U., *Lezioni di diritto amministrativo*, Parte generale, II, Napoli, 1950

Galateria L. – Stipo M., *Manuale di diritto amministrativo: Principi generali*, Utet, Torino, 1998,

Galetta D. U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, I, p. 35

Galli R., *Corso di diritto amministrativo*, IV ed., vol. I, Cedam, 2004

Gandolfi G., *Spunti sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 368 e ss.

Gerghi V., *Inammissibilità della conversione del provvedimento amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1992, p. 267

Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, vol.II, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 334 e s.s.

Giuliano, *Dig. 34 , 5 , 12 (13)*.

Grassetti C., *Conservazione ( principio di )*, in *Enc. dir. IX*, Milano, 1961, 173

Grassetti C., *L'interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 906

Guicciardi E., *Recensione a P. Bodda, La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, I, p. 363

Laschena, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. XVIII*, Roma, 1989

Lucifredi, *Note per una analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano, 1965, p. 120

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, traduzione italiana di R. Treves, Einaudi, Torino, 1994

Marcello ( *Dig. 34 ,5,24 (25)*)

Marelli F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova,2000

Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico - dagli anni trenta all'alternanza -*, ed. Giuffrè, Milano, 2001

Musselli L., *La conversione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003

Paparella, voce "Revoca", in *Enc. dir. XI*, Milano, 1989, p. 204

Politano I. W., *Il principio di conservazione del contratto e la conservazione dei valori giuridici degli atti nulli*, in *L'amministrazione italiana*, 1997, fasc. VI, p. 943

Pothier, *Traité des obligations*, I, Paris, 1761, n. 92

Pugliatti S., *Istituzioni di diritto privato*, III, Milano, 1935, p. 246

Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937  
 Rescigno P., *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1997  
 Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, I, Venetiis, 1841, disp. pars. III, p. 188  
 Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, p. 711.  
 Sandulli A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p.351  
 Santaniello ,voce" *Convalida"*, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir. X*, Milano, 1962  
 Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, ristampa, Napoli, 2002  
 Schwarze J., *European Administrative law*, London, 1992  
 Segrè, *Conversione del negozio giuridico*, *Scritti giuridici*, 1930, vol. I, p. 238  
 Sinisi M., *La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con i regolamenti comunitari*, *Nota a Tar Si-Palermo*, 28 settembre 2007, n. 2049, in *Il Foro amministrativo Tar*, 2007, fasc. 10, pp. 3265-3276  
 Stella Richter G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 411  
 Tassone R. A., *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993  
 Tomassetti A., *Relazione svolta al master di diritto amministrativo presso l'istituto Ceida nel 2007*  
 Ulpiano, *Liber singularis regularum*, in [www.books.google.it](http://www.books.google.it)  
 Vipiana P. M., *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Cedam, Padova, 2003  
 Virga P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 2001  
 Vitta , *Il funzionario di fatto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1923 ,I, p. 473  
 Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939

## Giurisprudenza

*Adunanza plenaria del Cons. Stato*, 26 marzo 2003, n. 4, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

*Cass. Sez. Un.*, *ordinanze del giugno 2006*, n. 13659, 13660, 13911, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

*Cass. Sez. Un.*, 22 febbraio 2007, n. 4109, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

*Cass. civ.*, 5 maggio 1965, n. 807, in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 602

*Cass. civ., sez. II*, 5 dicembre 2001, n. 15366, in [www.sentenzeonline.it](http://www.sentenzeonline.it)

*Cass. civ., sez. I*, 12 dicembre 2001, n. 15687, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

*Cons. Stato, sez. V*, 30 novembre 1979, n. 7672, in *Cons. Stato*, 1979, I, p. 1656

*Cons. Stato, sez. V*, 18 giugno 1984, n. 470, in *Cons. Stato*, 1984, I, p. 798

*Cons. Stato, sez. IV*, 5 giugno 1998, n. 918, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

*Cons. Stato*, 20 maggio 1999, n. 853, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

*Cons. Stato, sez. VI*, 3 marzo 2006, n. 1023, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

*Corte Cost.*, 12 marzo 2007, n. 77, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

*Corte Giust.*, *sentenza 12 luglio 1957*, in *cause riun. 7/56, 3/57 a 7/57 Algera Dineke e.a.c. Alta Autorità* in *Racc.*, 1957 p.81 ss. punto III

*Corte Giust.*, *sentenza 3 maggio 1978*, C 112/77, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

*Corte Giust.*, *sentenza 20 marzo 1997*, in *causa C-24/95*, in [www.europa.eu.int/eur-lex/it/index.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/it/index.html)

*Corte Giust.*, *sentenza 7 gennaio 2004*, in *causa C-201/02, Delena Wells c. Secretary of State for transport, Local government and the Regions*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

*Corte Giust.*, *sentenza 13 gennaio 2004*, in *causa C-453/00*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

*Tar Molise, 7 dicembre 1984, n. 289, in Foro Amm., 1985, p. 1217*  
*Tar Puglia, Bari, sez. II, 10 gennaio 1998, n. 6, in Tar, 1998, p. 1097*