

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO  
TRA FORMA E BUON SENSO

FRANCESCO VOLPE

1. — In un recente intervento al Convegno di Spoleto sullo «statuto del provvedimento amministrativo»<sup>(1)</sup>, sono avanzati dal prof. Stella Richter specifici rilievi ad alcune tesi da me sostenute<sup>(2)</sup> circa l'inquadramento dell'art. 21 - *octies*, comma secondo, della legge sul procedimento e circa la natura della non annullabilità dei provvedimenti toccati dal c.d. «vizio formale».

Alle mie tesi, viene opposto di essere barocche, nella parte in cui esse sostengono che la fattispecie disciplinata dalla richiamata disposizione descriverebbe un caso di un atto amministrativo illegittimo, ma non giurisdizionalmente annullabile, per ragioni attinenti all'oggettiva improponibilità della domanda caducatoria. Alle medesime tesi si imputa, inoltre, di essere paradossali, ove esse sostengono che tale limite all'annullamento non opera nei riguardi della stessa amministrazione che ha emanato l'atto, nei riguardi dell'amministrazione di controllo e di quella chiamata a decidere eventuali ricorsi amministrativi.

Sarebbe invece questione di buon senso «ritenere che il legislatore abbia escluso sotto ogni forma l'annullabilità» in nome «del generale principio di economia degli atti giuridici».

Quanto ai dubbi da me sollevati circa l'ammissibilità, in via generale, della figura dell'irregolarità, si obietta che una data norma precettiva può essere sanzionata in modo diverso dalla annullabilità del provvedimento, ad esempio prevedendosi conseguenze ai danni dell'autore dell'atto.

È implicito, ma evidente, il richiamo operato alle tesi che Giannini sviluppò nel celebre «*Discorso generale*», allorché il prof. Stella Richter pone in rilievo, infine, che «in linea di pura logica formale dovrebbe allora escludersi la stessa categoria dell'annullabilità, cioè della possibilità che

<sup>(1)</sup> V. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, giustamm.it, ottobre 2008.

<sup>(2)</sup> VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, Dir. proc. amm., 2008, 319 s.

una fattispecie concreta difforme da quella normativa produca i medesimi effetti che la norma collega alla fattispecie non verificatasi».

2. — L'attenzione che è stata dedicata alle mie tesi mi suggerisce — e quasi m'impone — di tentare una risposta a difesa di quelle idee.

Devo riconoscere, però, che una difesa mi pare sostanzialmente impossibile.

Mi spiego: non intendo con questo abiurare, riconoscendo la fallacia di quanto ho già sostenuto.

Una difesa, in tal senso, non sarebbe difficile da sostenere.

All'accusa di barocaggine potrei replicare dicendo che barocco è il modo spregiativo per definire quel che da altri è ritenuto «complesso». Forse alla tesi della non annullabilità giurisdizionale dei provvedimenti, solo formalmente viziati (tesi che non sono stato il solo a sostenere), si potrebbe a pieno merito contestare che essa è complicata. Salvo poi doversi interrogare se la complessità è figlia dell'interpretazione o è conseguenza della norma interpretata.

All'accusa di paradossalità potrei, invece, opporre che non tutto ciò che è paradossale è, di per sé, sbagliato. Insomma, non basta questo semplice rilievo a smontare una tesi, se lo stesso non è accompagnato da specifiche argomentazioni che evidenzino l'erroneità del ragionamento contro cui esso è diretto. In un certo senso, poi, io stesso convengo sulla critica, perché ho concluso quel mio scritto sostenendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 - *octies*. E non è dubbio che è, quanto meno, paradossale una norma di legge che si dimostri essere contraria alla Costituzione.

Quanto alle mie osservazioni sulla irregolarità, è ben vero che non ogni norma è sanzionata dall'annullabilità. Io stesso ho sostenuto, nel mio studio sulle *norme di relazione*, che è affidato all'ordinamento positivo il definire le conseguenze che gravano concretamente su un atto assunto in contrasto con le norme che lo disciplinano. Parimenti, ho colà sostenuto che l'annullabilità non è la conseguenza necessaria dell'atto assunto in dispregio della normativa che lo regola.

Ma, in replica ai rilievi mossimi, osserverei che, in mancanza di una disciplina espressa che preveda per il caso concreto una conseguenza giuri-

dica diversa, nel nostro ordinamento positivo la sanzione generale, oggi, è data dall'annullabilità dell'atto. Prova ne sia che lo stesso art. 21 - *septies* della legge sul procedimento indica come tassative le ipotesi di c.d. «nullità testuale». Ove, dunque, una data norma non precisi che alla propria violazione segua solo la responsabilità, disciplinare, civile o amministrativa, del funzionario che ha assunto l'atto, non vi è motivo di ritenere che quella norma, ove violata, non dia luogo ad annullabilità.

3. — Ripeto, però, che queste mie difese apparirebbero infruttuose.

Non solo perché son certo che chi ha mosso i rilievi ben saprebbe argomentare per quali motivi le tesi da me sostenute sarebbero paradossali.

Ma soprattutto perché la vera critica esposta contro la mia idea è quella che fa capo al «buon senso».

Insomma, mi si oppone che cercare un inquadramento dogmatico dell'art. 21 - *octies* non avrebbe ragione di essere, perché sarebbe chiaro il senso sostanziale della norma. Il senso che, per il fatto di essere il senso sostanziale della disposizione, sarebbe anche il suo «buon» senso.

Sul punto sarebbe vano, da parte mia, contestare che il buon senso invocato è quello dell'interprete che concretamente lo esplicita. Dunque un buon senso per definizione soggettivo. Sicché, per restare al caso concreto dell'art. 21 - *octies*, l'economia dei mezzi giuridici che si propone di appoggiare potrebbe essere vista da altri come un'intollerabile compressione del diritto di difesa.

Il fatto gli è che l'obiezione ricade su una questione di metodo.

Nell'interpretare l'art. 21 - *octies* si deve fare riferimento agli strumenti del ragionamento formale o si deve ricorrere, piuttosto, a quelli della «sostanza» delle cose?

Io direi che dovrebbero prevalere i primi. Il prof. Stella Richter, invece, direbbe che debbono prevalere i secondi.

Ma le questioni di metodo interpretativo sono ai confini di quel che è proprio della scienza giuridica e della stessa teoria degli ordinamenti, sicché esse, più di tutte, si prestano a non essere comunemente accettate.

Per fare un esempio; è ben vero che il primo criterio di interpretazione delle leggi dovrebbe essere quello letterale. A patto però che si sia d'accordo

nell'interpretare, secondo il significato letterale delle parole, lo stesso art. 12 delle preleggi.

Il discorso, è ben chiaro, potrebbe estendersi anche oltre l'applicazione del solo art. 21 - *octies*, tante sono le disposizioni di legge che, per come sono scritte, conducono a certi risultati e che, per come sono «intese», conducono invece a risultati diversi.

Sembrerebbe conseguenza di tutto ciò ricadere in una forma di *impasse*: se i soggetti che discutono su un certo argomento non condividono gli strumenti per analizzarlo, ognuno resterà della propria idea e non riuscirà a convincere l'opponente della propria.

Ecco perché di fronte alle obiezioni del prof. Stella Richter resto senza difese: perché non potendogli imporre il mio metodo, non riuscirei a convincerlo della esattezza delle mie conclusioni.

4. — Eppure voglio ugualmente cercare di proporre una qualche forma di difesa, non fosse altro che per vanagloria o per testardaggine.

Allora, non mi resta che cercare di seguire i metodi del mio contraddittore applicandoli non già alla fattispecie normativa esaminata, quanto agli stessi criteri che io ho utilizzato per interpretarla. SÌ da trovare conforto in una sorta di «metametodo» esegetico, che proceda però dagli stessi convincimenti del mio interlocutore.

Ciò mi porta a chiedermi, così, se sia veramente cosa di «buon senso» abbandonare i criteri del «ragionamento formale».

Si sa che recentissimi studi avrebbero dimostrato che la stessa, kelseniana, «dottrina pura» del diritto non sarebbe scevra, alle sue radici, da ben precisi contenuti ideologici e da obiettivi, contenutisticamente, altrettanto ben definiti.

Senza pretendere di rifarmi alle vette dello studioso praghese, mi chiedo però se applicare il ragionamento formale al nostro diritto amministrativo sia solo vuoto formalismo o sia cosa che abbia invece propri, apprezzabili, risvolti.

La risposta che più mi convince — risposta, qualcuno forse dirà, inquinata dal tentativo di salvare la mia impostazione — è la seconda.

Soprattutto, essa mi convince se applicata al diritto amministrativo, che vuol dire disciplina dei rapporti tra un'Autorità, dotata quasi sempre di poteri imperativi, e un soggetto privato, che di quei poteri subisce gli effetti e non può autonomamente contrastarli; che del merito delle decisioni amministrative non può lagnarsi davanti al Giudice.

Benvenuti, alcuni anni fa, invocava un diritto paritario, tale da disciplinare i rapporti tra questi due soggetti. Forse, allorché egli sosteneva tale prospettiva, non si era così distanti dal giungervi.

Oggi, a me pare, siamo in presenza di un regresso. Il descrivere i rapporti tra amministrazione e cittadino, badando alla sostanza delle cose e non alle «forme» da rispettare, non ha affatto migliorato la posizione del cittadino. La «spettanza» delle «pretese» del cittadino di fronte al comportamento dell'Autorità trova infatti un limite di fronte alla «sostanzialità» dell'interesse pubblico che si afferma voler perseguire e alla sua immanente e aprioristica prevalenza. La concretezza di quello stesso interesse pubblico, infatti, è in sé insindacabile, perché la sostanzialità della descrizione giuridica dei rapporti non ha fatto venir meno gli ambiti di azione riservata che sono propri dell'amministrazione.

Alla fine, perciò, mi chiedo: se espungiamo dalla difesa contro l'Amministrazione il rispetto delle forme, in nome di interpretazioni di «buon senso», senza accompagnare tale limitazione con l'introduzione di nuovi e sostanziali mezzi di sindacato sul merito dell'azione degli enti pubblici, che cosa resta del diritto amministrativo, vale a dire del diritto che disciplina i mezzi di difesa del cittadino di fronte all'Autorità?

Con specifico riguardo all'art. 21 - *octies*, qual è il limite del vizio meramente formale?

La legge parla di vizi di forma e di procedimento, ma vi è già chi dice che in ciò rientri anche il vizio di competenza e quello relativo alla motivazione. In nome dell'economia dei mezzi giuridici e del buon senso, perché mai si dovrebbe negare che ciò sia vero? E il provvedimento di esproprio assunto oltre i termini della dichiarazione di pubblica utilità — uno dei pochi casi certi, almeno sino ad ora, di annullabilità del provvedimento — perché mai dovrebbe portare davvero a tale risultato? in nome dell'economia dei mezzi giuridici non si vede perché si debba costringere l'amministrazione a ripetere la dichiarazione di pubblica utilità, giacché quel che conta è la

realizzazione dell'opera pubblica.

Intendo sostenere, più in generale: qual è la norma precettiva imposta all'Amministrazione che, di fronte all'affermata necessità di perseguire l'interesse pubblico, non può essere ridotta a mera irregolarità o a mera formalità?

Quest'ultimo interrogativo mi riporta così ai miei dubbi originari: perché mai la norma introdurrebbe determinati precetti, salvo poi permettere che essi siano impunemente violati?

A me pare, in realtà, che se un determinato precetto, una determinata «formalità», sono previsti, evidentemente essi sono utili a qualche risultato. Diversamente, essi non sarebbero previsti.

Sicché, pare a me che sia un paradosso, più grave di quello che viene a me imputato, reputare che vi siano norme, la cui violazione non possa portare ad alcuna sostanziale conseguenza giuridica.

La conclusione non è — e soprattutto non vuole essere — polemica. L'esistenza di tanto diversi modi di accostarsi ai problemi interpretativi delle fattispecie di diritto amministrativo è conseguenza, a ben vedere, non tanto d'incertezza sulle questioni metodologiche, ma probabilmente dell'affermarsi di fenomeni di radicale modificazione, quanto all'idea di Stato e quanto all'atteggiarsi dei rapporti che corrono tra lo Stato e i cittadini.

Far emergere questi rilievi pare a me cosa estremamente utile, dunque, perché ciò contribuisce a ricordare a tutti il panorama istituzionale, quanto mai cangiante, in cui oggi ci dibattiamo.