

ALFREDO CONTIERI

Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Buon andamento come risultato della adeguatezza dell'azione amministrativa alla concreta realtà degli interessi. – 3. La non coincidenza tra validità ed efficacia. – 4. La non coincidenza tra legittimità e conformità al modello legale: l'eccesso di potere come sindacato di legalità sostanziale. – 5. L'attuale stato di crisi della tutela: alla dequotazione dei vizi formali non ha fatto da contraltare un effettivo giudizio sul rapporto.

1. *Premessa.* – L'argomento di questo lavoro induce a interrogarsi sulla esistenza di un rapporto tra buon andamento dell'attività amministrativa e legalità, con la quale certamente i vizi dell'atto si pongono in una situazione di conflitto e ne determinano la negazione.

La prima considerazione che si può fare è domandarsi se il rapporto sia di strumentalità e cioè se la legalità sia finalizzata ad assicurare il buon andamento e, in caso di risposta affermativa, ammettendo cioè tale finalizzazione, se l'attività amministrativa per il solo fatto di essere conforme al modello normativo sia, per ciò stesso, in grado di garantire il buon andamento.

Questo interrogativo non può che evocare il ricco e variegato dibattito dottrinario dell'ultimo decennio sulla emersione della nuova cosiddetta amministrazione di risultato, che costituirebbe una evoluzione in chiave conflittuale del tradizionale agire amministrativo, attraverso il superamento di una condotta esclusivamente ispirata al rispetto del comando normativo ed abituata ad essere oggetto di sindacato giurisdizionale e di controllo sulla base di un unico parametro: la norma che attribuisce e disciplina il potere¹.

¹ Per l'ampio dibattito sull'amministrazione di risultato si veda il volume collettaneo a cura di M. IMMORDINO e A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino 2004; cfr. inoltre i contributi di M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultati* e G. CORSO, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo AIPDA*, Milano 2003, rispettivamente, 107 ss. e 127 ss. Sull'argomento, doveroso è il richiamo agli studi di L. IANNOTTA, *Scienza e realtà, l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 4/96, 579 ss.; *Le considerazioni del risultato nel giudizio amministrativo*

Ho parlato di evoluzione, sebbene conflittuale, e non di frattura fra i due modelli, perché ormai essi convivono nel nostro ordinamento; costituiscono una realtà dialettica e dinamica e non avrebbe senso propendere per l'uno o per l'altro in maniera pregiudiziale². L'analisi va, semmai, rivolta ad approfondire le implicazioni e le ricadute, di grande rilievo, che questo passaggio ha provocato e può ancora determinare, consistenti principalmente, attraverso l'incessante politica legislativa volta alla semplificazione, nella evidente dequotazione del valore del procedimento, quale sede di adozione razionale della decisione amministrativa nel confronto comparativo degli interessi, e nella trasformazione della qualità della tutela giurisdizionale, dell'oggetto del giudizio e della stessa configurazione dell'interesse legittimo.

I temi sono tanti e di grandissimo spessore dogmatico e non possono essere affrontati nel breve spazio di una relazione.

2. *Buon andamento come risultato della adeguatezza dell'azione amministrativa alla concreta realtà degli interessi.* – Vorrei invece cercare di individuare dei punti di contatto tra buon andamento e legalità.

Negli ultimi tempi nel concetto di buon andamento si fanno rientrare quasi esclusivamente i principi di efficienza, economicità ed efficacia, i primi due direttamente richiamati dall'art. 1 della Legge n. 241 fra i principi dell'azione amministrativa³. Attraverso questo richiamo si è avuto un effetto di giuridicizzazione di tali principi, colmando così quella che era stata considerata una lacuna della disposizione costituzionale contenuta nell'art. 97, ritenuta da molti commentatori come una norma, programmatica, priva del carattere della giuridicità.

Il buon andamento, nelle forme dell'efficienza, efficacia e economicità è oggi senz'altro non solamente un astratto obiettivo da raggiungere, ma un concreto criterio ordinatore dell'azione amministrativa, che impone precisi connotati di doverosità, e si traduce anche in un parametro di valutazione della stessa nel suo complesso e di coloro che singolarmente operano per e nell'amministrazione.

È stato paventato che l'accentuazione di queste categorie, per così

dall'interesse legittimo al buon diritto, in *Dir. proc. amm.*, 2/98, 299 ss.; cfr. inoltre, M. SPASIANO, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino 2003.

² Sull'assenza di una rigida contrapposizione tra valutazione di risultato e giudizio di conformità al modello legale, cfr. F.G. SCOCA, in *Enc. dir.*, voce *Aggiornamento, Attività Amministrativa*, vol. VI, Milano 2002, 100.

³ Su tali principi e sul loro rapporto con quello di legalità, cfr. R. CAVALLO PERIN, in *Dig. disc. pubbl. voce Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, vol. XV, Torino 1999, 612 ss.

dire aziendalistiche⁴, del buon andamento possa favorire uno «scambio improprio tra legalità e funzionalizzazione agli obiettivi»⁵.

Diviene, allora, assolutamente necessaria la ricerca di un accettabile equilibrio tra i due poli.

In realtà, se è vero come ha scritto Cammelli, che il risultato da conseguire è divenuto il principale elemento di conformazione e funzionalizzazione della organizzazione e della attività della p.A.⁶, ciò non può non avvenire entro i limiti legislativamente stabiliti in funzione della tutela di altri beni giuridici, quali la garanzia dei diritti dei privati o di altri interessi pubblici non sacrificabili, da considerarsi vincoli da rispettare.

L'ottica del risultato comunque consente un recupero della possibilità di verificare il rapporto finalistico che dovrebbe intercorrere tra attività amministrativa e realizzazione dell'interesse generale, verifica che la sola prospettiva della legalità, necessaria ma non sufficiente, non riesce adeguatamente a svolgere.

La valorizzazione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico non può allora necessariamente comportare una dequotazione della legalità. Così come, il buon andamento non va esclusivamente identificato con l'efficacia e l'efficienza, quali parametri aziendalistici di misurazione della produttività, meccanicamente applicati alla pubblica Amministrazione.

Il principio del buon andamento ha altri contenuti che favoriscono un rapporto meno antitetico con la legalità.

In proposito va ricordata la nota definizione di Nigro secondo cui il risvolto giuridico dell'efficienza comporta rispondenza della azione della amministrazione e ancor prima dell'organizzazione agli interessi che deve curare e quindi elasticità e puntualità della medesima al fine del suo miglior proporzionamento⁷. Il che significa capacità di adattamento al contesto sul quale agisce. In altre parole, la funzionalizzazione dell'attività al fine pubblico primario deve avvenire attraverso un costante pro-

⁴ Sulla definizione aziendalistica dei principi di efficacia ed efficienza cfr. R. CALVALLO PERIN, *op. cit.*, 613.

⁵ F. LEDDA, in *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307 ha usato l'eloquente espressione «baratto tra l'efficienza e la legalità», ripresa anche da R. FERRARA, in *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso una amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 375, LEDDA sottolinea efficacemente che «l'efficienza sta solo a esprimere un dato d'ordine economico come appunto il rapporto costi-ricavo, risultati, la legittimità ... esprime invece un valore vero».

⁶ M. CAMMELLI, *op. cit.*, 122.

⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della Pubblica Amministrazione*, Milano 1966, 85 e 88.

cesso di adeguamento alla realtà in cui opera, alla concretezza degli interessi coinvolti, che si pongono come limite al raggiungimento dell'interesse primario, ma anche come conformazione dello stesso in applicazione dell'altro principio costituzionale, l'imparzialità. Principio di adeguatezza, dunque, che è stato recepito dal nostro ordinamento per mezzo della legge n. 59 del 1997, e successivamente inserito nel nuovo art. 118 della Costituzione, quale criterio di allocazione delle funzioni nei vari livelli di governo. L'adeguatezza a cui mi riferisco, però, più che costituire una componente strutturale dell'organizzazione amministrativa, può configurarsi come un criterio di ordinazione dell'attività, volto a favorire la funzionalizzazione al fine pubblico e quindi al risultato.

A differenza dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità l'adeguatezza, non si misura in termini quantitativi, ma comporta che l'azione si confronti in concreto con gli interessi nell'unica sede possibile in cui il confronto deve avvenire, quella del procedimento.

L'affermazione del principio di adeguatezza, può allora rafforzare il processo di giuridicizzazione del buon andamento e costituire un punto di snodo tra buon andamento e buona amministrazione, secondo la nozione introdotta dall'art. 41 della Carta di Nizza, nozione che sembra configurare un diritto del cittadino alla buona amministrazione, con un'evidente inversione di prospettiva rispetto all'art. 97, certamente volto a funzionalizzare l'organizzazione e l'azione amministrativa all'interesse pubblico.

3. *La non coincidenza tra validità ed efficacia.* – Veniamo ora all'altro versante, quello della invalidità e dei vizi dell'atto amministrativo.

La validità degli atti amministrativi costituisce il titolo principale, se non l'unico di legittimazione giuridica e politica delle decisioni degli apparati pubblici, come ha sottolineato Romano Tassone⁸; ciò serve a soddisfare una fondamentale esigenza degli ordinamenti contemporanei, recuperare su un piano obiettivo, quello della conformità alla norma, la legittimazione politica di cui le decisioni d'apparato sono sempre più carenti sul piano soggettivo. In altre parole, solo la conformità al diritto obiettivo giustifica l'efficacia autoritativa delle decisioni pubbliche⁹.

Tuttavia, lo schema della validità, come conformità alla norma, mutuato dai modelli privatistici, si piega alle esigenze di continuità e di effettività della funzione. Infatti, il profilo causale della invalidità non coincide con il profilo effettuale, come ha recentemente ricordato Police¹⁰,

⁸ A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto d'invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano 1993, 1118.

⁹ *Idem*, *ivi*, 1119.

¹⁰ A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.* 4/2003, 735 ss.

sulla scia di altri illustri Autori i quali hanno sottolineato la rottura del nesso intercorrente tra invalidità ed efficacia attraverso il riconoscimento del fatto che l'atto invalido può comunque produrre effetti¹¹. La frattura tra invalidità ed inefficacia ha consentito di ammettere l'efficacia dell'atto invalido, sia pur giustificata, come sottolinea Romano Tassone dalla dia-cronia tra il sorgere dell'invalidità e il suo accertamento¹². In realtà, ci ha insegnato Corso, non si tratta di una vera frattura: la validità non è un valore finale dell'ordinamento, ma un valore strumentale per la tutela delle situazioni soggettive dei privati, ma anche dei pubblici poteri; di qui il ruolo riconosciuto ai titolari di tali situazioni nei meccanismi di validazione degli atti¹³. L'invalidazione degli atti è di regola subordinata ad una iniziativa dei soggetti interessati, poiché i rapporti tra invalidità ed efficacia sono mediati abitualmente da interessi. Se i titolari degli interessi rimangono inerti viene garantita efficacia all'atto invalido¹⁴.

Il sistema *ab origine*, tra gli stati invalidanti dell'atto, ha seguito la strada della illegittimità-annullabilità, relegando ad un ruolo marginale (solo di recente attenuato) la nullità¹⁵. E ciò per collegare il carattere dell'efficacia a quello dell'imperatività degli atti, al fine, come ho già detto, di assicurare l'effettività del potere. La sola esistenza del provvedimento determina l'effetto tipico della fattispecie e cioè l'imperatività, con conseguente vincolatività dell'assetto di interessi regolato dall'atto.

L'annullamento è il mezzo di reazione dell'ordinamento su iniziativa del privato in sede giurisdizionale o della stessa amministrazione nei confronti dell'atto illegittimo e si produce attraverso la verifica della sussistenza di almeno una dei tre vizi di legittimità.

4. *La non coincidenza tra legittimità e conformità al modello legale: l'eccesso di potere come sindacato di legalità sostanziale.* - Ma se la illegittimità è la forma più rilevante di invalidità, se l'invalidità consiste in una difformità tra l'atto e il suo modello legale, dovremmo ritenere che l'accertamento del vizio comporti sempre l'accertamento di un contrasto con la norma che disciplina il potere.

¹¹ A. PIRAS, voce *Invalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, 599; G. CORSO voce *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 87; A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 1122.

¹² A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 1124.

¹³ G. CORSO, *op. cit.*, 88.

¹⁴ G. CORSO, *op. cit.*, 88.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 183 escludeva la nullità dal novero delle forme di invalidità, inserendovi la sola annullabilità; sul punto cfr. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1980, 473.

Il che è certamente vero per la violazione di legge e l'incompetenza, ma è molto più difficile da verificare nel caso dell'eccesso di potere, per la sua natura ambigua, polimorfa, mutevole, non suscettibile di essere configurata come un modulo predefinito. A ben vedere, se l'eccesso di potere si configura anch'esso come una violazione di legge, dovremmo ritenere che l'area della illegittimità si identifichi e coincida con la difformità dell'atto dello schema normativo.

La storia dell'eccesso di potere è invece caratterizzata dal problema dell'esistenza di limiti impliciti, interni al potere amministrativo, in aggiunta a quelli esterni fissati dalla legge, quali la competenza o il rispetto delle disposizioni sul procedimento: «*se l'incompetenza ha una sua linea ... , l'eccesso di potere ha un suo mistero*» ha scritto Piras¹⁶, secondo il quale la giurisprudenza talvolta esige, per ritenere la legittimità del provvedimento, assai più di quanto la legge non richieda¹⁷. L'essenza dell'eccesso di potere consiste nella verifica da parte del giudice del rispetto di regole non codificate in alcun testo positivo, «*sans text formals*»¹⁸, tecniche di accertamento «*praeter legem*». È la misura di reazione giurisdizionale nei confronti della discrezionalità, che si è conformata alle caratteristiche proprie della discrezionalità: così come la discrezionalità gode di spazi di scelta lasciati liberi, non disciplinati dalla norma, allo stesso modo il controllo del giudice si è attestato, inevitabilmente direi, su forme e modalità diverse da un mero riscontro formale di legalità.

Non deve destare particolare sorpresa la circostanza che il Consiglio di Stato abbia seguito sin dall'inizio la strada del sindacato di legalità sostanziale come dimostra la famosa sentenza 7.1.1882 n. 3, Presidente lo stesso Silvio Spaventa, ove si è teorizzato che con il controllo di legittimità si può accertare anche la contrarietà allo «*spirito*» della legge. Questa sentenza venne commentata nello stesso anno da Codacci Pisanelli il quale sottolineò che «*la Sezione IV ha lasciato intendere che potrà essere dichiarato l'eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti illogici, irrazionali, o contrari allo spirito della legge!*»¹⁹.

¹⁶ A. PIRAS, *op. cit.*, 604.

¹⁷ A. PIRAS, *op. cit.*, 606.

¹⁸ E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. V, Torino 1990, 342.

¹⁹ La vicenda è ricordata da A. POLICE, *op. cit.*, nota 47. A PIRAS, sottolinea che questa tendenza si è naturalmente saldata con l'esperienza del Consiglio di Stato precedente alla costituzione della IV Sezione: «*la giurisprudenza amministrativa ha infatti imboccato subito la strada giusta; ha cioè ritenuto che il sindacato dovesse essere diretto a verificare non la sola conformità alla legge dell'azione; ma questa e l'osservanza di ogni altra regola o condizione necessaria per assicurare, in una con il rispetto non formalistico del principio di legalità, la rispondenza dell'atto alle esigenze della funzione*»

Il passaggio dallo spirito della legge al fine pubblico previsto dalla legge è immediato. Attraverso lo sviamento di potere, sull'esempio del Consiglio di Stato francese, il nostro giudice amministrativo ha cominciato a riempire la formula eccesso di potere che aveva tutt'altro significato.

L'esperienza giurisprudenziale successiva ha portato all'evidenziazione di una serie di strumenti di verifica quali la mancanza, la contraddittorietà della motivazione, il travisamento e l'errore di fatto, la contraddittorietà tra dispositivo e motivazione, il contrasto con precedenti atti, la disparità di trattamento, l'ingiustizia manifesta. Elaborazione di criteri che hanno più matrici e hanno colmato i vuoti della norma di diritto positivo. Tutto ciò, partendo dallo stesso diritto positivo (la *ratio* e lo scopo della norma), applicando principi generali come l'imparzialità, o i principi di logica e coerenza che devono essere alla base di ogni tipo di decisione o ispirandosi a interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (affidamento) o a dati oggettivi (precedente comportamento dell'amministrazione in casi analoghi)²⁰.

A sua volta la dottrina ha superato le teorie che qualificavano l'eccesso di potere come vizio della causa o dei motivi o come un insieme eterogeneo di figure sistematiche, per assestarsi sulla concezione di Benvenuti che lo ha ricostruito come vizio della funzione. Benvenuti ha accorpato le varie figure considerandole violazioni di principi conaturati all'essenza stessa dell'ordinamento, cui appartengono i criteri di giustizia sostanziale, ragionevolezza o di organizzazione amministrativa. Tutte le figure rientrerebbero in questi tre principi²¹.

Queste situazioni, pur non configurandosi come ipotesi di invalidità intrinseca di un elemento dell'atto, rappresentano difetti del corretto esercizio della funzione. Il sindacato è dunque diretto non a verificare la sola conformità alla legge dell'azione, ma anche l'osservanza di ogni al-

(*op. cit.*, 604). A sua volta, recentemente, nel ricostruire la genesi dell'eccesso di potere, E. FOLLIERI, in *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2008, 65, sottolinea che «il metro di giudizio, in mancanza di disciplina positiva espressa, viene individuato innanzitutto nello *spirito della legge*: il giudice estrae dalla norma la ragione che la ispira ed afferma l'illegittimità dell'atto amministrativo se quest'ultimo non è in sintonia con la *ratio legis*, ancor più se l'Amministrazione persegue un fine diverso da quello normativamente previsto (sviamento di potere)». Ancora: «già nel 1892, però, si affermò che non poteva ravvisarsi un eccesso di potere se un provvedimento non conteneva *nulla di illogico e d'irrazionale e di contrario allo spirito della legge*, quasi riallacciandosi al percorso sul sindacato di legittimità sperimentato nell'ambito dell'attività consultiva resa nei ricorsi straordinari» (IDEM, *op. cit.*, 64-65).

²⁰ In proposito, E. FOLLIERI, *op. cit.*, 66-67.

²¹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.

tra regola o condizione necessarie per assicurare la rispondenza dell'atto alle esigenze della funzione. Alla base di tutto ciò vi è un canone generale di ragionevolezza immanente al potere, come ricordava già Levi²².

Il canone della ragionevolezza è comune alle esperienze giurisprudenziali dei paesi a noi vicini come la Francia e la Germania ove viene declinato anche nelle forme dell'errore manifesto di apprezzamento, nel bilancio costi benefici, nel principio di proporzionalità, ma anche ai paesi anglosassoni ove si applica appunto il sindacato di *reasonableness*²³.

Tornando in Italia, l'eccesso di potere ha trasformato il giudizio di legittimità, dall'essere un giudizio di conformità ad uno schema legale, ad un sindacato, sempre estrinseco, sul corretto e ragionevole esercizio del potere e svolgimento della funzione, nella quale il potere discrezionale è stato svolto senza una logica e adeguata ponderazione degli interessi in gioco. In tutti i casi di eccesso di potere si accerta una deviazione dello svolgimento della funzione, dal perseguimento dell'interesse pubblico.

Il giudice amministrativo in questo modo esercita un giudizio sull'adeguatezza sostanziale dell'azione dei pubblici poteri rispetto alla funzione, attraverso il controllo della razionalità della decisione. Di recente, in dottrina Pastori ha sostenuto che il sindacato è andato oltre la verifica della sufficienza e giustificabilità della decisione rispetto alla specifica situazione di fatto su cui interviene: l'ulteriore passaggio è consistito nello spostare il sindacato di legittimità sullo stesso prodotto o esito della decisione, ponendolo in relazione con gli interessi rilevanti coinvolti, giungendo a valutare il contenuto della decisione nel suo risultato economico e sociale²⁴. Si opera così un giudizio di congruenza o di proporzionalità tra ciò che l'amministrazione ha deciso e la realtà su cui tale decisione ha inciso, ed in particolare sul grado di considerazione che hanno ricevuto gli interessi considerati dal giudice meritevoli di tutela. Sottolinea sempre Pastori che il sindacato di legittimità si è trasformato al punto di divenire «misura di *giustizia* in senso distributivo nei rapporti soggettivi»²⁵.

²² F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, 283 e 514.

²³ Sul sindacato sulla ragionevolezza delle decisioni amministrative nel ordinamenti francese, tedesco e inglese cfr. E. CARDI, S. COGNETTI, *op. cit.*, 342-346. Sull'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità in Germania è d'obbligo il rinvio a S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limite della discrezionalità*, Milano 1993.

²⁴ G. PASTORI, *Discrezionalità Amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3170-71.

²⁵ G. PASTORI, *op. cit.*, 3171, sul punto cfr. anche A. POLICE, *op. cit.*, 758. G. Pastori, ha individuato segnali di cambiamento nella giurisprudenza sostenendo che il giu-

A questo punto può essere interessante ricordare, a proposito della giustizia, ha sottolineato Piras che ancor prima che la legge del 1889 attribuisse la funzione giurisdizionale, era pacifico e universalmente accettato, il principio nell'attività consultiva del Consiglio di Stato che «*la questione della legittimità del provvedimento non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla giustizia e quindi dal merito dei provvedimenti*». Sempre secondo Piras, «*il ricorso all'idea di giustizia, il riferimento ai principi che debbono regolare e regolano l'attività delle autorità amministrative, furono il mezzo tecnico, del quale la giurisprudenza si servì per giungere a valutare la legittimità intrinseca*»²⁶.

Tornando all'attualità, se l'eccesso di potere consiste ormai in un sindacato sulla adeguatezza sostanziale di un atto rispetto alla funzione è indubbio che si è sviluppato un sindacato di legittimità molto lontano e molto diverso dal criterio di validità tradizionale della conformità o difformità dell'atto rispetto alla norma di diritto obiettivo. È stato allora osservato che ormai abbiamo un doppio criterio di validità dei provvedimenti amministrativi, che corrisponde in sostanza alla duplicità dei parametri che caratterizzano il giudizio di legittimità²⁷.

Sicché, il diverso tipo di sindacato giurisdizionale, in relazione ai diversi vizi dedotti dalle parti ricorrenti, viene ad influire in modo decisivo sulla individuazione e sulla medesima consistenza degli stati invalidanti²⁸. Al criterio ancorato al parametro normativo si contrappone l'illegittimità che origina dalla devianza del fine, criterio di validità che lascia al giudice amministrativo un margine molto più ampio, grazie all'elasticità del parametro assunto per valutare la legittimità sostanziale dell'atto impugnato²⁹.

A questo punto si può tornare alla domanda posta all'inizio, se cioè vi sia un nesso funzionale tra vizi dell'atto e buon andamento. Ora, se si condivide la conclusione dell'esistenza di due forme di sindacato di legittimità, di due diverse tecniche di accertamento della validità, risulta palese che quella che utilizza l'eccesso di potere, attraverso il controllo di legalità sostanziale, idonea a penetrare all'interno del potere, è decisamente orientata verso il buon andamento.

Il giudizio si è andato lentamente evolvendo verso il «risultato economico sociale» della decisione amministrativa. Questo passaggio è ben sviluppato da A. POLICE (*op. e loc. cit.*) che sottolinea come il sindacato di legittimità si sia trasformato in «verifica dell'adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto all'interesse pubblico concreto al cui perseguimento essa è vincolata».

²⁶ A. PIRAS, *op. cit.*, 606.

²⁷ A. POLICE, *op. cit.*, 758, e ancor prima G. CORSO, *op. cit.*, 86.

²⁸ A. POLICE, *op. cit.*, 758.

²⁹ A. POLICE, *op. cit.*, 759.

È indubbio infatti, che l'elaborazione giurisprudenziale formatasi attorno al giudizio sul perseguimento del fine previsto dalla norma, sulla eventuale deviazione dell'atto, sulla congruità della decisione rispetto al contesto degli interessi, si configura come un giudizio di valore sull'adeguatezza dell'esercizio della funzione e quindi in definitiva sul raggiungimento del risultato.

Questo collegamento tra eccesso di potere e buon andamento va cercato non nell'effetto demolitorio del vizio, ma, al contrario, nel ricco e mutevole catalogo di prescrizioni estranee alla disciplina normativa che il giudice ha considerato violate e che in positivo svolgono una funzione di eterointegrazione della norma giuridica, come insegna la storia del Consiglio di Stato³⁰.

Si tratta di regole, talvolta anche tecniche, prescrizioni, criteri di giudizio, principi logici, standard di comportamento che nella misura in cui costituiscono le tecniche che utilizza il giudice per sindacare il potere discrezionale, si trasformano in una codificazione di principi e regole che l'amministrazione deve seguire³¹. In questo senso ritengo che l'eccesso di potere, in aggiunta alla sua imprescindibile funzione di tutela ed anzi proprio grazie ad essa, possa considerarsi indirizzato al miglior raggiungimento dell'interesse pubblico e quindi al buon andamento.

Comunque, se si vuole individuare un nesso giuridico tra buon andamento ed eccesso di potere, il collegamento va cercato con quella nozione di buon andamento che ho tentato di delineare all'inizio accennandone, più che l'anima aziendalista dell'efficienza e dell'efficacia, quella dell'adeguatezza, come capacità dell'azione amministrativa nel raggiungimento del fine di adattarsi e di conformarsi alla realtà degli interessi. È questo il vero risultato che deve raggiungere l'amministrazione di un ordinamento democratico e pluralista, risultato al quale si perviene declinando insieme buon andamento e imparzialità, considerandoli non in antitesi, ma come valori complementari che si arricchiscono vicendevolmente, come ci ha insegnato Roberto Marrama³².

³⁰ E. FOLLIERI, *op. cit.*, 66-68.

³¹ E. FOLLIERI, *op. cit.*, 68-69. Secondo S. COGNETTI, *op. cit.*, 300, «Nell'applicare i principi generali dell'ordinamento nel sindacato di eccesso di potere, il giudice amministrativo non può, certo, sostituire il proprio arbitrio all'arbitrio dell'amministrazione: proprio da qui nasce l'esigenza di elaborare *criteri e standard* di valutazione, che siano idonei ad esprimere in termini di uniformità il modo e i termini con cui si articolano i vari elementi di giudizio».

³² R. MARRAMA, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 1993, utilizza la suggestiva nozione di *efficienza imparziale*: «Quanto al buon andamento esso appare anche riconducibile ad efficienza, ma ad un'efficienza, per così dire imparziale che per il fatto di dover passare attraverso la ponderazione degli interessi meritevoli di tutela, finisce per dar vita ad un qualcosa di diverso da un astratto criterio scaturendo al contrario dalla

5. *L'attuale stato di crisi della tutela: alla dequotazione dei vizi formali non ha fatto da contrastare un effettivo giudizio sul rapporto.* - Veniamo ora all'ultimo aspetto.

Qual è l'attuale stato di salute dell'altro sindacato di legittimità, quello tradizionale della legalità formale? Pessimo, com'è noto, alla luce del cosiddetto fenomeno di dequotazione dei vizi formali e procedurali codificato dall'art. 21-*octies*.

Sinceramente non so se condividere la suggestiva considerazione di Police, secondo il quale l'infelice sorte dei vizi formali sarebbe dovuta anche ad una sorta di disagio da parte dei giudici amministrativi nel continuare a ritenere ammissibile la coesistenza di criteri di validità così disomogenei tra loro. «A fronte della massima espansione del sindacato sull'eccesso di potere ed in presenza di un effettivo spostamento del baricentro del sindacato giurisdizionale dall'atto amministrativo impugnato al risultato dell'azione amministrativa, al concreto e utile perseguimento del fine pubblico, la magistratura amministrativa avrebbe evidentemente percepito l'assoluta inconciliabilità di questa prospettiva con il tradizionale esercizio di un sindacato sulle forme, cioè di un giudizio di mera difformità dallo schema legale»³³. Sicché proprio i successi ottenuti con una forma di sindacato avrebbero reso obsoleto il criterio di validità tradizionale, rafforzando il principio di conservazione degli atti amministrativi.

In realtà i fautori della dequotazione dei vizi formali sostengono che a seguito delle recenti innovazioni introdotte nel processo amministrativo, come la risarcibilità dell'interesse legittimo o l'impugnabilità con motivi aggiunti degli atti successivi, si sarebbe verificata una epocale trasformazione del processo, da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto: quest'ultimo avrebbe allora ad oggetto la cosiddetta spettanza del bene della vita cui aspira il ricorrente³⁴. La tutela deve allora essere concessa solo in caso di attualità e concretezza dell'interesse vantato dal ricorrente al conseguimento del bene giuridico. Vi è dunque tutela solo in caso di accertamento della spettanza in sede di giudizio³⁵.

considerazione dell'uomo e dei suoi problemi concreti ... In quest'ottica il buon andamento consiste nella realizzazione di quelle condizioni attraverso le quali il nostro ordinamento giuridico amministrativo tende a realizzare al meglio quelle garanzie individuali e sociali volte a promuovere il pieno sviluppo della persona umana» (387).

³³ A. POLICE, *op. cit.*, 759, sulla scia di L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato*, cit., 303.

³⁴ In proposito, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 2, 287 ss., con accenti critici sulla trasformazione del processo amministrativo.

³⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 2, 410.

Questa concezione determina inevitabili ricadute anche sulla nozione di interesse legittimo.

Nella struttura dell'interesse legittimo non vi sarebbe più spazio per alcuna pretesa all'annullamento del provvedimento viziato, quando risulti certa l'assenza di collegamento tra il motivo di illegittimità e la possibilità di realizzazione dell'interesse sostanziale³⁶.

La lesione dell'interesse legittimo intanto potrebbe dirsi esistente in quanto la violazione delle regole nella quale l'amministrazione è incorsa abbia pregiudicato la possibilità di realizzazione dell'interesse materiale.

Sicché l'interesse legittimo non sarebbe una posizione strumentale: non è interesse formale alla legittimità del provvedimento che neghi o sottragga il bene, ma è piuttosto pretesa a che il bene non sia negato o sottratto se non alle condizioni stabilite dall'ordinamento. Pertanto, se la disciplina della fattispecie, considerata nei suoi aspetti sostanziali, esclude la possibilità che l'interesse materiale sia soddisfatto, vengono a mancare, insieme, il pregiudizio per l'interesse materiale e la lesione dell'interesse legittimo³⁷.

A mio parere questa concezione, ineccepibile sul piano logico, dà per scontata la premessa: che cioè il giudizio abbia ormai ad oggetto il rapporto.

Ma non è così. Altrimenti non si spiegherebbe perché in tanti casi il giudice amministrativo continua ad annullare per incompetenza, dichiarando assorbiti gli altri motivi di natura sostanziale, che sono proprio quelli che dovrebbe valutare per pronunciarsi sulla spettanza. L'assorbimento dei motivi è decisamente incompatibile con il giudizio sul rapporto. Oppure perché, nell'unico caso, mi riferisco al giudizio sul silenzio inadempimento, in cui per esplicito riconoscimento normativo, è certo che il giudice possa pronunciarsi sulla spettanza, sulla fondatezza della pretesa, si guarda bene dal farlo. Allo stato, sembrerebbe un giudizio sul rapporto a senso unico: il giudice si pronuncia esclusivamente sulla non spettanza, e mai sulla spettanza.

In questa situazione, in cui siamo rimasti ancora a metà del guado, si assiste solo ad un significativo calo di tutela³⁸.

³⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 411.

³⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, *passim*.

³⁸ Il presente studio cerca di rappresentare l'attuale stato dell'arte. L'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (approvato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104) e la sua applicazione ci diranno se i nodi problematici indicati nel testo verranno mai sciolti.