

6.2.3 L'ininfluenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento

Il provvedimento vincolato viziato da illegittimità formale non è annullabile qualora *“sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

L'accertamento di questo elemento implica la ricostruzione virtuale del procedimento o del provvedimento (a seconda che la violazione abbia riguardato una norma sul procedimento o una norma sulla forma dell'atto conclusivo), onde verificare se, in assenza del vizio da cui il provvedimento adottato è affetto, il suo contenuto dispositivo sarebbe stato il medesimo.

Dal punto di vista formale per “contenuto dispositivo” deve intendersi la parte precettiva dell'atto, quella cioè da cui scaturiscono gli effetti giuridici e che si identifica nel complesso di statuizioni che costituiscono l'esercizio del potere tipico (es. autorizzazione, concessione, espropriazione, sanzione, etc.). Ovviamente entra nel contenuto dispositivo ogni aspetto del provvedimento in grado di incidere sulla efficacia dell'atto e sul rapporto cui dà vita.

Dal punto di vista sostanziale il “contenuto dispositivo” è quello con cui l'amministrazione “dispone” della materia oggetto del suo potere funzionale e che, dunque, rappresenta l'esito del *decision making process*, cioè la decisione circa l'assetto da dare agli interessi curati.

L'operazione cui è chiamato il giudice, nell'accertare se la violazione formale abbia influito sul contenuto del provvedimento così inteso, ha natura causale.

Per comprenderlo basti considerare che la verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale, articolato sul condizionale congiuntivo “se ... allora ...” (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale doppia formula, nel senso che: a) la condotta è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato.

Accertare se l'evento (il contenuto del provvedimento) si sarebbe ugualmente verificato (non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato) pur in assenza della condotta (l'illegittimità), richiede, appunto, un'indagine di tipo ipotetico controfattuale, cioè l'eliminazione mentale della condotta. Altrimenti detto la disposizione in esame postula l'istituzione o la negazione di un nesso di derivazione tra la violazione della norma e il provvedimento emanato.

Ciò posto, occorre stabilire se l'indagine debba avvenire secondo i modelli della causalità di fatto o di quella giuridica¹.

Non vi è dubbio che la relazione da verificare corra tra entità giuridiche, sicché dovrebbe preferirsi il modello di causalità giuridica.

¹ Volume 1, cap. I, § 4.

Va, tuttavia, ricordato che la causalità giuridica è una tecnica di imputazione, non già una tecnica di accertamento causale. La sua funzione è quella di imputare sul piano giuridico le conseguenze di un fatto qualificato dall'ordinamento, non già quella di accertare se quel fatto abbia realmente generato gli effetti che gli vengono imputati.

Nello schema previsto dall'art. 21-*octies*, invece, sembra proprio che il legislatore abbia richiesto quest'ultimo accertamento.

L'applicazione del modello della causalità di fatto postula, tuttavia, che lo stesso sia compatibile con fenomeni propriamente giuridici. Nonostante i dubbi di parte della dottrina e della giurisprudenza², deve ritenersi che la teoria della causalità di fatto non solo è compatibile con la fenomenologia normativa, ma “deve” essere applicata allorquando sia l'ordinamento a richiedere un accertamento di tipo causale, essendo l'unica teoria competente ad effettuare tale accertamento³.

Si consideri, peraltro, che qualsiasi fenomeno giuridico è, prima di tutto, un fatto. Se ciò è particolarmente evidente nel diritto penale, o in taluni rami del diritto civile e amministrativo, pure dove l'intermediazione dell'ordinamento è più forte resta un dato immanente. L'ordinamento, infatti, non può che occuparsi del mondo fisico, quello in cui i suoi soggetti operano.

Va da sé, peraltro, che l'applicazione del modello della causalità di fatto non implica, necessariamente, l'impiego di leggi di copertura a carattere scientifico. Ciò è vero persino nell'ordinamento penale, dove detto modello trova codificazione (artt. 40 e 41 c.p.) ed elaborazione, essendo frequente che – per la tipologia di reato o per l'incompletezza delle conoscenze – l'interprete debba avvalersi di leggi economiche e sociali o, persino, di massime di esperienza.

La caratteristica del modello della causalità naturale nel diritto, infatti, non è il tipo di legge di copertura utilizzata, ma la struttura del giudizio causale.

Ne consegue, dunque, che nel caso in esame di questa struttura – inferenza abduttiva – occorra fare applicazione, impiegando le regole di inferenza più appropriate, che sono quelle inerenti il formarsi della decisione amministrativa.

Allora va richiamata la rappresentazione sillogistica del giudizio causale, dapprima nella sua

² Cass. sez. III civ. , n. 21619 del 2007, la quale, nell'affermare che nel diritto civile non operino i principi sulla causalità penale, sottintende una insufficienza epistemologica dello statuto della causalità di fatto che gli impedisce di adattarsi alle diverse esigenze del diritto civile. Di diverso avviso, invece, Cass. sez. III civ. , n. 7997 del 2005, che ascrive al modello della causalità giuridica l'istituto dell'interruzione del rapporto causale di cui all'art. 41, comma 2 c.p. – in realtà un correttivo della causalità naturale e non un modello di causalità giuridica – con ciò implicitamente riconoscendo la valenza universale dal punto di vista concettuale della teoria della causalità di fatto.

³ Che il diritto possa – sostituendosi alle scienze naturali – creare una propria teoria della causalità di fatto è un'idea inaccettabile nello Stato democratico. Ciò che le leggi dell'uomo possono fare è, appunto, predisporre modelli di imputazione alternativi, fondati su regole diverse da quelle operanti nella natura. Ma, allorquando utilizzano modelli di imputazione causale, non possono manipolarli a piacimento e sono legati a taluni limiti invalicabili, dettati dalle leggi fisiche, tra cui il noto principio «*natura non facit saltum*».

versione “pura”, in cui emerge che il giudizio da effettuare è a ritroso, dovendosi accertare *ex post* se l’effetto (il provvedimento) è stato causato da un fattore antecedente (l’illegittimità).

| | | |
|---|---|--|
| <u>PREMESSA MINORE</u> caso (ignoto) | <u>PREMESSA MAGGIORE</u> regola (nota) | <u>CONCLUSIONE</u> risultato (noto) |
| Causa (violazione di legge?) | leggi di produzione dell’effetto (regole di formazione della decisione amministrativa) | effetto (provvedimento) |

Poi in quella “corretta”, inserendo tutti gli elementi conosciuti nella premessa minore, onde consentire il funzionamento dell’inferenza, tramite il menzionato processo di eliminazione mentale.

| Premessa minore | Premessa maggiore | Conclusione |
|--|---|---|
| - Violazione di legge - Provvedimento | le regole implicate nella produzione di un provvedimento del tipo di quello verificatosi in concreto | astruendo ipoteticamente dalla premessa minore la violazione di legge si deduce, in base alla legge di copertura, se a queste condizioni (in assenza, cioè, del fattore escluso), il provvedimento si sarebbe o non verificato e che, dunque, quel fattore è causa o meno dell’evento |

Se questa è l’indefettibile struttura logica che regge l’accertamento causale, occorre tuttavia stabilire quale sia il criterio per riconoscere l’esistenza del rapporto causale nel caso concreto. Cioè, quando può dirsi che l’illegittimità commessa ha influito sul contenuto del provvedimento adottato. Se il processo di eliminazione mentale portasse sempre, in base alla regola ponte, a risultati certi tale problema non sussisterebbe.

Tuttavia ciò è raro. Vuoi per la natura ontologicamente probabilistica dell’inferenza abduittiva, vuoi per la natura relativa delle leggi di copertura impiegate, solo in parte attenuata dalla circostanza⁴ che esse operano con riguardo ai procedimenti vincolati.

Ciò posto, come è noto, l’alternativa è tra il criterio del “più probabile che non” e del “oltre ogni

⁴ La cui *ratio*, adesso, diviene chiara.

ragionevole dubbio”. Si è anticipato⁵ che quest’ultimo è proprio della materia penale, mentre in materia civile ad applicarsi è il primo.

Tuttavia, questo assunto ha carattere generale, in assenza di norme del settore di riferimento che fissino un paradigma. Poiché, invece, l’art. 21-*octies*, comma 2 esige che l’ininfluenza della violazione sul contenuto del provvedimento risulti “palese”, deve ritenersi che il legislatore abbia imposto un criterio di cd. certezza processuale, cui è senz’altro applicabile lo *standard* b.a.r.d., in base al quale il giudice deve condurre un ragionamento probatorio, sviluppato secondo la linea indicata e che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori alternativi, tale che la conclusione per cui l’illegittimità non è stata condizione necessaria del contenuto del provvedimento adottato sia giustificata con «alto o elevato grado di credibilità razionale»⁶.

Tale soglia non è irragionevole ed, anzi, sarà spesso attingibile qualora il procedimento non presenti aspetti di discrezionalità tecnica (nel qual caso, come detto, pur trattandosi di attività giuridicamente vincolata, esistono margini di opinabilità che possono impedire al giudice di ricostruire in modo sicuro l’incidenza della violazione procedimentale – ad esempio relativa alla mancata acquisizione di un fatto o di un parere, o al difetto di motivazione della scelta tecnica – sul contenuto del provvedimento).

6.4.4 Conclusioni e analisi logica

La qualificazione dogmatica dell’istituto va di pari passo con l’inquadramento all’interno dei principi fondamentali. Si è già avuto modo di dire perché l’art. 21-*octies*, comma 2 va inquadrato nell’ambito del principio di legalità sostanziale, piuttosto che in quello di buon andamento configurato in una dimensione eccentrica rispetto alla legalità.

In effetti l’eventuale irrilevanza di violazioni formali è il corollario del principio del risultato, ma inteso non come risultato economico, bensì come risultato normativo. Solo se e nella misura in cui le norme sulla funzione amministrativa prenderanno direttamente in cura i valori economici e di buona amministrazione assumendoli a canoni giuridici dell’interesse generale, adottando una concezione integrata del bene pubblico, allora potrà dirsi che il raggiungimento del risultato che alimenta il fondamento dell’istituto in esame si collochi sul versante moderno del principio di buon andamento. Ma, rispetto a tale approdo, il 21-*octies* può configurarsi come una conseguenza e non già come una causa.

Ciò posto lo schema logico dell’illegittimità non invalidante può essere così raffigurato.

⁵ Volume 1, cap. I, § 4.

⁶ Cass. Sez. Un. pen. n. 30328 del 2002. Per approfondimenti v. volume 1, cap. IX, § 7.2 .

| PREMESSA MINORE (caso) | PREMESSA MAGGIORE (regola) | CONCLUSIONE (effetto) |
|---|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Provvedimento viziato - Norma formale + atto vincolato + ininfluenza del vizio sul contenuto | <ul style="list-style-type: none"> - Norme che disciplinano la fattispecie dell'atto - Art. 21-octies, comma 2 | <ul style="list-style-type: none"> Provvedimento illegittimo ma non invalido |

Tale ricostruzione chiarisce plasticamente la portata sostanziale della fattispecie. Che, poi, vi siano immediati risvolti processuali è del tutto ovvio, essendo l'annullabilità una categoria che – specie nel diritto amministrativo – si compie nel processo.

Ciò che va precisato è come non abbia alcun rilievo stabilire se il provvedimento “sanato” conservi o meno la sua qualifica di illegittimità. Una volta eliminata la conseguenza del vizio il vizio resta un puro attributo nominale. Attributo che, su un piano meramente descrittivo può anche conservare, quale simbolo della sua contrarietà a disposizioni di legge, benchè su quello logico non gli competa più, per il principio di qualificazione, in forza del quale l'atto viziato è contemporaneamente qualificato da più norme, una delle quali elide la rilevanza del vizio.

A questo punto, può giungersi a una definitiva conclusione sull'annosa questione del rapporto tra legalità e buon andamento, le cui premesse sono state poste in sede di principi fondamentali e poi sviluppate negli ultimi capitoli.

L'emersione nell'ordinamento giuridico della concezione economica del buon andamento non è ascrivibile all'art. 21-octies, comma 2. Ciò, tuttavia, non esclude che il giudice amministrativo possa utilizzare il parametro del risultato per non annullare l'atto, ma dovrà farlo all'esito di un più complesso ragionamento, che espliciti come tale parametro sia andato a connotare le norme che regolano il potere. Di tale operazione logico-ermeneutica anche il Consiglio di Stato inizia a farsi carico⁷.

⁷ Cons. St., sez. VI n. 3490 del 2008, in un caso in cui un candidato al concorso per allievo agente della polizia di Stato ha ricevuto dalla Commissione per l'accertamento dei requisiti attitudinali un giudizio negativo senza considerare le positive valutazioni ricevute durante la frequenza del corso, cui era stato ammesso in via cautelare:

«la Sezione ha di recente modificato la propria precedente giurisprudenza – invero mai pacifica – orientata negativamente, affermando il principio (cfr. C.d.S. sezione VI n. 72/07) per cui, quando il candidato al concorso di allievo agente partecipa al corso (a seguito di una pronuncia giurisdizionale che abbia sospeso o annullato l'atto di esclusione per carenza dei requisiti attitudinali), la commissione deve rinnovare il proprio giudizio tenendo conto anche delle risultanze del medesimo corso.

E' ben vero che le valutazioni sui requisiti attitudinali (incentrate sul possesso di una personalità sufficientemente matura, della capacità di controllare le proprie istanze istintuali e di uno spiccato senso della responsabilità) sono diverse rispetto a quelle effettuate durante il corso di formazione (attinenti agli insegnamenti teorici e pratici). Tuttavia,

quando deve riformulare il giudizio sui requisiti attitudinali in esecuzione di una statuizione del giudice amministrativo, la commissione si deve ispirare al principio di buona amministrazione e considerare non solo le risultanze del colloquio e dei *tests*, ma anche le valutazioni di altri organi del Ministero dell'Interno, nel frattempo formulate nel corso del procedimento (si veda C. S., sez. VI, dec. n. 2636/2006).

Ciò evita che si operi una irragionevole, radicale cesura tra il giudizio della competente Commissione attitudinale per l'accertamento della idoneità al servizio di Polizia, e le valutazioni espresse, sia pure ad altri fini, da parte di organi anch'essi competenti ad esprimere il giudizio finale al termine del corso, che il candidato ha frequentato con profitto. Infatti, alle obiettive risultanze – aventi per oggetto i comportamenti tenuti durante i mesi di frequenza del corso – va riconosciuto rilievo per valutare compiutamente la complessiva personalità del candidato, anche sotto il profilo dei requisiti attitudinali.

A tali argomentazioni può aggiungersi che il nuovo statuto del principio del buon andamento, emerso in sede di revisione dottrinale e giurisprudenziale (suggerita pure da diversi interventi normativi) della tradizionale visione ancillare della legalità, impone che le scelte della pubblica amministrazione siano ancorate al dato sostanziale. Se l'obiettivo delle prove selettive è di verificare la capacità dell'individuo a svolgere il servizio non può non tenersi conto di quanto il medesimo ha dimostrato durante il corso di formazione. La discrezionalità amministrativa – legata alla relatività della regola scientifica che guida il giudizio della Commissione attitudinale – viene ad essere così ontologicamente limitata dalla sopravvenienza di elementi che valgono a ridurre il tasso di relatività della legge di valutazione applicata».