

6.2 La decisione amministrativa tra forma e sostanza: analisi logica

La decisione amministrativa può essere analizzata sotto il profilo della forma o della sostanza, che potrebbe voler dire sotto il profilo della legalità o del buon andamento.

Il tema è l'evoluzione dell'antitesi tradizionale tra formalismo e antiformalismo nell'ordinamento della pubblica amministrazione.

Oggi, quando si parla di teoria sostanzialistica si fa riferimento ad una nuova concezione dell'azione amministrativa, dove l'apprezzamento della bontà delle decisioni viene operato sulla base più della congruità del risultato che della rispondenza alle regole di formazione della decisione stessa. Questa impostazione viene poi assecondata sul piano della patologia degradando le ipotesi di illegittimità formali alla categoria dell'irregolarità. Quando c'è, nonostante la violazione della regola formale, un effettivo e valido perseguimento dell'interesse generale il provvedimento merita di essere conservato. Per arrivare a questo risultato si deve riconoscere che, ogni qualvolta si verifica una violazione delle regole formali, non c'è illegittimità, ma mera irregolarità¹.

Secondo l'opzione formalista, al contrario, la bontà del risultato è un corollario del rispetto delle regole. L'irregolarità è a monte nella tipologia della regola violata, esistendo norme prive di sanzione. Secondo questa dottrina, è il legislatore che stabilisce quando c'è irregolarità e quando illegittimità.

Secondo la corrente antiformalista ci possono essere decisioni che soddisfano il bene pubblico pur in presenza di violazioni di regole sull'*iter* di formazione della decisione, con la conseguenza che in presenza di risultati qualitativamente e anche quantitativamente (ottenuti mediante modelli di semplificazione) accettabili, o validi si può prescindere, ai fini dell'imputazione di effetti definitivi, dal rispetto dell'*iter* di formazione. E' dunque la rispondenza della decisione all'interesse sostanziale a condizionare la validità o meno del provvedimento. Il raggiungimento del risultato viene a coincidere con il raggiungimento dello scopo, quello per cui la norma attribuisce all'amministrazione il potere.

Viceversa, per la corrente formalista la bontà della decisione si apprezza in base all'aderenza alle regole previste per la sua formazione: la logica non è quella del risultato ma quella della legalità.

La decisione è valutata secondo moduli di astratta prevedibilità, perché per giudicare della validità di un atto (idoneità a modificare la realtà giuridica) non si prende come base la valutazione di sintesi del bene comune, andando cioè ad analizzare quanto previsto dalla norma e quanto raggiunto nell'ipotesi concreta, perché non può esserci divergenza tra i due parametri: quanto realizzato nel caso concreto deve essere attuazione di quanto la norma codifica. Ne consegue che i vizi di illegittimità devono portare all'annullabilità.

¹ Predicare la legittimità della decisione "buona" anche se "irregolare" è una prerogativa delle concezioni antiformaliste: è legittimo ciò che è efficace, non già è efficace ciò che è legittimo.

La distinzione tra le due impostazioni va inquadrata nello schema norma-potere-effetto.

Per la visione formalistica l'effetto è la conseguenza della sussunzione del potere nella norma², è un modello deduttivo. La fattispecie concreta è conseguenza della fattispecie astratta, si tratta di applicare la fattispecie astratta al caso concreto. Questa idea muove dal postulato che l'interesse generale sia cristallizzato nelle norme (cd. indisponibilità).

concezione formalista (*inferenza deduttiva rigorosa*)

<u>PREMESSA MINORE</u>	<u>PREMESSA MAGGIORE</u>	<u>CONCLUSIONE</u>
caso (noto)	regola (nota)	risultato
Potere (ha per oggetto l'applicazione della regola al caso concreto)	Norma (ha natura universale e definisce con completezza una classe di casi)	Effetto (prodotto della applicazione della norma al caso concreto)

Per la visione sostanzialistica, invece, ci si muove da un postulato diverso: la legge non può prevedere l'ottimo perseguimento dell'interesse, può solo fissare lo scopo, ma la sua realizzazione è nel singolo caso. La fattispecie concreta deve naturalmente trovare giustificazione nel potere, ma non è schiacciata dal potere. Questa tesi nega che lo schema norma-potere-effetto risponda ad una logica deduttiva rigorosa, il rapporto fra potere e norma non è in termini di mera sussunzione.

concezione sostanzialista (*inferenza deduttiva imperfetta*)

<u>PREMESSA MINORE</u>	<u>PREMESSA MAGGIORE</u>	<u>CONCLUSIONE</u>
caso (noto)	regola (parzialmente nota)	risultato
Potere (ha per oggetto la costruzione della regola nel caso concreto)	Norma (ha natura relativa e definisce i presupposti di una classe di casi)	Effetto (prodotto dell'esercizio del potere conforme alla norma)

Un segno della contrapposizione tra le due concezioni sarebbe nella distinzione tra vizi che hanno struttura formale (violazione di legge, incompetenza) e vizi che hanno struttura sostanziale (eccesso di potere), i quali ultimi non postulano una difformità diretta tra potere e norma.

² Si ricorda che "norma" è il complesso delle norme che disciplinano il potere, siano esse attributive, limitative, procedimentali.

L'orientamento formalista è tipico dello Stato liberale, che è una cerchia chiusa di interessi, di compiti amministrativi e di interessi privati. Ci sono regole certe, codificate, chiare e non particolarmente numerose e questo consente un accorciamento delle distanze tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

Il sostanzialismo si è affermato quando la distanza fra fattispecie astratta e fattispecie concreta è aumentata, perché sono aumentati gli interessi e le tecniche di azione. Questa distanza è stata colmata con le norme sul procedimento, che però – avendo natura strumentale – lasciano spazio all'amministrazione di adeguare la fattispecie astratta al caso concreto, preoccupandosi di dettare la disciplina dell'esercizio della potestà amministrativa in questo spazio.

Quindi, il bene pubblico non è fissato una volta per tutte dalla norma. La norma pone solo le direttive, in seguito il bene pubblico viene identificato nel procedimento dove la fattispecie concreta si realizza.

Allora, è dall'assetto della legge sul procedimento che dipende l'atteggiarsi del rapporto tra le due concezioni. La previsione di uno schema generico, indeterminato, elastico di procedimento favorisce l'antiformalismo, lasciando ampi spazi per lo sviluppo della fattispecie concreta; al contrario la previsione di uno schema puntuale, tassativo, rigido, favorisce il formalismo, determinando una perdita della flessibilità della fattispecie in cui si cala il potere amministrativo.

La legge 241/90 sposa una soluzione intermedia.

Deve infatti rilevarsi che la concezione sostanziale si concilia con la previsione di forme dell'attività degli enti pubblici, cioè di regole procedurali che siano numericamente contenute e certe quanto alla loro applicazione. Regole limitate, ma forti che prevedano oneri a carico dell'amministrazione, essenziali alla corretta determinazione dell'interesse pubblico e che assicurino al contempo al cittadino coinvolto dal potere un parametro di riferimento per potersi difendere. La 241/90 ha enucleato proprio una serie limitata, ma essenziale di regole sulla formazione della decisione, che costituiscono vere e proprie norme guida dell'esercizio del potere: l'art. 7, forse la più importante, oltre ovviamente l'art. 2, l'art. 3 e l'art. 10-bis. Sono norme di organizzazione dell'azione amministrativa, più nello specifico, dell'organizzazione dell'*iter* attraverso cui la decisione si forma. Queste norme, dunque, non sono espressione del formalismo, ma piuttosto dell'antiformalismo.

La legge 241/90 è leggera ma non generica. Essa è stata, in altri termini, una scelta di compromesso.

La concezione formale ha imperato fino alla fine degli anni '50. Il procedimento era concepito come articolazione di sequenze preordinate a implementare, nel caso concreto, quegli elementi che erano indicati dalla legge.

Successivamente si è affermata l'idea del procedimento non come mera collocazione di elementi predeterminati, ma come un luogo dove gli stessi elementi si formano.

Dunque, la scala di valori che certamente è fissata dalla norma, come dispone lo stesso art. 1 (*"i fini sono indicati dalla legge"*), deve poi essere adattata alla concreta realtà in cui si cala e ciò avviene all'interno del procedimento. Quindi, il procedimento non è più solo il luogo di emersione della fattispecie astratta, ma è anche il luogo di costruzione e di adattamento dei fini. Ecco che così l'affermazione di cui all'art. 1 assume un nuovo volto: *"l'attività amministrativa persegue i fini indicati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità ed efficacia"*.

Oggi, come anticipato, il principio del buon andamento è il motore dell'antiformalismo.

6.3 Vizi formali e sostanziali

La distribuzione dell'illegittimità dell'atto amministrativo tra vizi formali e sostanziali può, in fondo, essere vista come un ulteriore – ed anzi primitivo – strumento di temperamento tra le due concezioni della decisione: dando pieno risalto alla concezione formale nell'ambito dei vizi di illegittimità formale, dando invece risalto alla concezione sostanziale nell'ambito dei vizi di illegittimità sostanziale.

Il vizio di illegittimità sostanziale per eccellenza è l'eccesso di potere, dove si ha la violazione non della norma, ma dei vincoli che la norma pone in via generale, violazione che però si concretizza nella contraddizione con principi immanenti nell'ordinamento. La violazione di tali principi si collega ai cd. vizi sintomatici dell'eccesso di potere, per cui ai principi di logicità, congruità, giustizia, corrispondono i vizi di illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta; ulteriori principi come parità di trattamento, coerenza, corretta valutazione dei fatti, motivazione completa ed esauriente, razionalità, completezza dell'istruttoria forgiavano altrettante figure sintomatiche di eccesso di potere.

L'eccesso di potere rappresenta, dunque, un momento di risalto della concezione antiformalistica, perché sanziona non la violazione delle regole di formazione della decisione, ma le violazioni di carattere sostanziale.

La distinzione sarebbe accreditata dal 21-octies, comma 2, che sottrae l'eccesso di potere al meccanismo di sanatoria dell'illegittimità fondato sull'irrilevanza del vizio per la decisione.

In realtà questa tesi non persuade del tutto.

L'eccesso di potere, tradizionalmente inteso, appartiene pur sempre all'area del principio di legalità, pur in un'accezione sostanziale. Infatti, la distanza fra fattispecie astratta e fattispecie concreta viene controllata pur sempre nell'ottica puramente legale, non con riguardo a una norma specifica,

ma all'intero ordinamento. La norma pone i vincoli di scopo e l'azione amministrativa nel caso concreto deve attuarli. Se il provvedimento rispetta le regole puntuali, non significa che sia in grado di attuare lo scopo. Dovrà, dunque, verificarsi, la rispondenza della decisione amministrativa ai principi che ne connotano in termini generali l'azione.

Nei casi di attività vincolata le norme di legge possono predeterminare il contenuto del provvedimento. In queste ipotesi la violazione di legge inficia il provvedimento in via diretta perché la fattispecie concreta diverge da quella astratta. In altri casi non c'è la predeterminazione del contenuto del provvedimento, ma solo la fissazione delle modalità della sua formazione, allora il mancato rispetto delle norme sul procedimento comporta uno scollamento della fattispecie concreta da quella astratta, perché essa non si è formata secondo le regole predeterminate.

Se il contenuto non è predeterminato, bisogna altresì verificare se i margini della discrezionalità siano stati correttamente rispettati. E' necessario, cioè, verificare se l'interesse pubblico è stato soddisfatto. Se la risposta è negativa il provvedimento sarà viziato da eccesso di potere, il quale mette in evidenza se il contenuto del provvedimento sia comunque riconducibile allo scopo per cui il potere è stato conferito e quindi, in generale, alla fattispecie astratta.

Naturalmente, quando si ha una violazione della regola procedimentale non è detto che questa incida sul contenuto. Se il contenuto è predeterminato, si può agevolmente verificare se la fattispecie concreta rispecchia la fattispecie astratta pur in presenza di violazioni procedimentali. Ecco perché l'art. 21-*octies* contempla l'illegittimità non invalidante nell'ipotesi di attività vincolata. L'art. 21-*octies* rappresenta, dunque, l'emblema del temperamento fra concezione formale e concezione sostanziale, ma ancora nell'ottica della legalità.

Oggi, invece, l'impostazione antiformalista reclama una nuova considerazione del buon andamento, e una valorizzazione delle regole economiche come parametro dell'azione amministrativa. La decisione amministrativa, cioè, deve essere valutata secondo il criterio della "*customer satisfaction*", cioè della soddisfazione reale dell'utenza, anche al di là del rispetto, formale e sostanziale della fattispecie astratta, la quale guarda a quel soddisfacimento da un'angolazione prettamente giuridica.

La nuova frontiera della decisione amministrativa è, invece, nell'analisi costi-benefici, nella ricerca della produttività, redditività, della convenienza della decisione amministrativa, non più come parametro pregiuridico, intrinsecamente insindacabile, ma come regola normativa dell'agire amministrativo, capace di integrarsi con quelle tradizionali.

Ad essere toccata dal mutamento di prospettiva sarebbe essenzialmente l'attività discrezionale, non a caso oggi esclusa dal perimetro dell'art. 21-*octies*, comma 2. Infatti, la violazione di norme che non invalida il provvedimento è quella violazione che resta all'interno della legalità dell'azione

amministrativa, perché la fattispecie concreta nel suo contenuto dispositivo non è diversa dalla fattispecie astratta e questo è verificabile perché si tratta di attività vincolata, dove il contenuto è predeterminato in sede astratta. Viceversa, nell'attività discrezionale le norme procedurali operano come norme guida della generazione della volontà, a salvaguardia del contenuto dispositivo, quindi è difficile stabilire se e quando la loro violazione non incida sul contenuto del provvedimento e non vada a disarticolare la corrispondenza fra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Anzi, in un'ottica di pura legalità può ragionevolmente ritenersi (e in tal senso ha opinato il legislatore) che le violazioni procedurali conducono generalmente al distacco della fattispecie concreta da quella astratta, perché la decisione discrezionale non può non risentire pregiudizio da un *iter* scorretto di formazione, che "naturalmente" impedisce un risultato conforme al fine pubblico o alla causa del potere.

L'esclusione dell'eccesso di potere (vizio tipico della discrezionalità) dalle violazioni suscettibili di sanatoria conferma l'assunto, poiché il riscontro dell'eccesso di potere comporta sempre una valutazione sull'alterazione del risultato previsto dalla fattispecie legale.

La previsione di cui all'art. 21-*octies* per certi aspetti rappresenta un rimedio alla codificazione dell'eccesso di potere (obbligo di motivazione, di avviso dell'avvio del procedimento, etc.), che rischia di far scivolare il vizio sostanziale in vizio formale, assegnandogli rilevanza indipendentemente dalla sua incidenza sulla formazione della decisione amministrativa.

E' condivisibile leggere la disposizione in un'ottica antiformalistica. Essa, infatti, non disegna una categoria di irregolarità (cioè una classe di norme imperfette, prive di sanzioni), la qual cosa sarebbe del tutto coerente con la visione formalista. Prevede, invece, una complessa fattispecie di sanatoria tesa a verificare la portata, appunto, sostanziale, del vizio formale. Non si tratta di verificare una generica difformità dell'atto affetto dalla violazione dall'interesse pubblico³, quanto di interpretare funzionalmente l'atto, onde accertare se il risultato dell'azione amministrativa prefigurato sia stato ugualmente realizzato.

La teoria dell'irregolarità in diritto amministrativo faceva leva sulla distinzione tra elementi marginali ed elementi essenziali della fattispecie, l'inosservanza dei quali produceva invalidità. Con il 21-*septies* la mancanza degli elementi essenziali è causa di nullità, sicché il senso della classificazione viene meno e non può essere recuperata con riferimento al 21-*octies*.

La portata dell'art. 21-*octies* esprime il punto di equilibrio – in una visione moderna, ma non nuova, dell'ordinamento amministrativo – dell'antitesi formalismo/antiformalismo, che trova una *reductio ad unum* nel principio di legalità: il formalismo colora la legalità formale, mentre l'antiformalismo quella sostanziale.

³ Impostazione priva di qualsiasi affidabilità, non offrendo un criterio specifico per distinguere l'atto invalido da quello valido, con conseguente legittimazione di interpretazioni creative del giudice

La modernità del concetto risiede nel prendere nota della separazione tra il profilo formale e quello sostanziale della legalità – un tempo uniti nella “onnipotenza” della fattispecie astratta, in grado di governare il potere e orientarne i contenuti nella fattispecie concreta – e nell’apprestare una collocazione tale da garantirne il perdurante collegamento, all’interno del sistema amministrativo.

Se forma e sostanza si divaricano, la decisione amministrativa, che rappresenta lo svolgimento del potere, si alimenterà sui due piani, quello della forma e quello della sostanza: la forma sarà gestita nell’ambito degli aspetti estrinseci dell’atto e delle norme sul procedimento; la sostanza è imputabile ai profili che nutrono il comportamento procedimentale della P.A.⁴, inteso come *decision making proces*⁵. Nel *decision making process* trovano ingresso aspetti che non sono legati a previsioni formali, come l’acquisizione di fatti o interessi che non sono imposti da prescrizioni specifiche, la cui omessa o incompleta considerazione può causare l’illegittimità dell’atto per eccesso di potere.

Nella costruzione della decisione amministrativa esistono, dunque, elementi direttamente illuminati dalla fase attizia (perché formalizzati), ed altri insiti nella fase comportamentale. Mentre per i primi esiste una presunzione di attinenza al *decision making process*, che può essere vinta nel caso concreto in presenza di determinate condizioni (21-octies, comma 2)⁶, per i secondi l’attinenza al *decision making process* è un elemento da accertare sempre in concreto.

Questa impostazione, tuttavia, resta ancora immune dalla prospettata valorizzazione del buon andamento, essendo volta a razionalizzare il modello delle norme di azione, scisso tra regole formali e sostanziali, in nome del principio di reale aderenza della decisione amministrativa ai valori da perseguire. Non già a implementare nell’ordine giuridico regole economiche, mercé la loro rilevanza diretta sul processo decisionale, con la conseguenza, da un lato, che la loro violazione può rilevare direttamente e non solo quando trasmodi in eccesso di potere, dall’altro che il loro rispetto possa neutralizzare la violazione di norme formali anche nei casi di attività discrezionale.

⁴ E’ chiaro che quando si parla di comportamento procedimentale si fa riferimento a una visione funzionale dell’attività amministrativa, dove ciò che rileva è la capacità dell’azione di costruire la funzione amministrativa. Quindi, alla fine, atto e comportamento, devono confluire nel procedimento indipendentemente da quello che sia il momento soggettivo dell’esercizio del potere

⁵ Si ricorda che tale definizione qui vale a indicare il processo che forma il contenuto dispositivo del provvedimento.

⁶ L’indagine, dunque, non può che essere *ex post*, mirando ad accertare se la violazione formale – che *ex ante* appare rilevante per la formazione della decisione – in quello specifico caso non ha intaccato il processo decisionale.