amministrativamente
Numero 9 – Settembre 2010

Autonomia del vizio di incompetenza e clausole di «non annullabilità»: i (discordanti) percorsi della giurisprudenza amministrativa

di BENEDETTO PONTI

SOMMARIO: 1. Il quadro teorico di riferimento. – 2. Alcuni spunti problematici sollevati dall'ipotesi della dequotazione del vizio di incompetenza. – 3. L'applicazione dell'art. 21-octies al vizio di incompetenza nella (controversa) lettura della giurisprudenza. – 4. Quale equilibrio?

1. *Il quadro teorico di riferimento.*

Ci si propone, nelle note che seguono, di verificare in che modo la giurisprudenza abbia affrontato la questione della applicabilità al vizio di incompetenza delle clausole di non annullabilità, introdotte dal legislatore nel 2005.

In dottrina, il rapporto tra il secondo comma dell'art. 21-octies ed vizio di incompetenza ha, in verità, suscitato minore attenzione rispetto al rilievo assunto dalla non annullabilità derivante dalla violazione delle norme sulla partecipazione e sull'obbligo di motivazione[1].

Numerosi sono gli spunti problematici che si presentano all'interprete nell'accostarsi al tema.

Una prima questione – che solo in apparenza risulta dirimente – è relativa alla stessa riconducibilità delle patologie della competenza entro le categorie dei vizi del procedimento e della forma, ciò che (soltanto) potrebbe comportare l'applicabilità a tale vizio della prima parte del secondo comma dell'art. 21-octies.

Secondo alcuni, tale evenienza sarebbe da escludere, dal momento che la prima parte del secondo comma dell'art. 21-octies farebbe esclusivo riferimento a stati vizianti integralmente riconducibili alla sola violazione di legge (tanto più, si sostiene, che il primo comma del medesimo articolo, nel confermare la classica tripartizione degli stati vizianti, avrebbe anche ribadito l'autonoma rilevanza del vizio relativo alla competenza), o comunque in base alla estraneità del vizio di

[1] Cfr., a titolo di esempio, L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103 ss.; E. M. MARENGHI, *C'era una volta la partecipazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 45 ss.; ma, *ivi*, ulteriori riferimenti bibliografici.

incompetenza rispetto alle patologie del procedimento o della forma[2]. Ma si tratta di una affermazione tutt'altro che pacifica[3]. Per altri, la stretta inerenza della competenza allo statuto (unico) della funzione amministrativa, risulta del tutto preclusiva rispetto ad un esito non invalidante del suo stato patologico[4].

Più radicalmente, tale esclusione è fatta derivare dalla valenza garantistica dell'articolazione delle competenze, in termini di pre-conoscibilità del dato organizzativo da parte dei destinatari/interessati alla (futura, e comunque logicamente successiva) azione amministrativa[5].

Tra coloro che, al contrario, conferiscono un rilievo decisivo in termini di statuto giuridico alla cesura che distingue tra attività discrezionale e attività vincolata[6] (per altro esplicitamente richiamata della previsione normativa in oggetto), alcuni traggono stringenti conseguenze anche con riferimento al vizio di incompetenza, ritenuto da questa dottrina pienamente ricompreso nell'ambito dei vizi non invalidanti, anzi del tutto ininfluenti, ai fini della legittimità dell'atto amministrativo, nel caso di attività vincolata (salve alcune differenze in ordine alla rilevabilità d'ufficio del vizio, ed all'onere probatorio). In tali letture la riconduzione dell'incompetenza al novero dei vizi non invalidanti costituisce una conseguenza, un

---

[2] Cfr., ad esempio, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2005, 356, che esclude tale eventualità in base alla riconduzione della competenza agli elementi (sostanziali, *sub specie* "soggetto"), dell'atto; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, (a cura di) V. PARISIO, Milano, 2004, 66-67. Per G. CORSO, la verifica della competenza costituirebbe un presupposto per l'esercizio del potere e la sua violazione determina comunque l'illegittimità del provvedimento: (cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2005, 180).

[3] Ad esempio, per la riconduzione teorica del vizio di incompetenza alla violazione di "norma formale d'azione", si v. F. FRACCHIA M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustizia amministrativa*, *www.giustamm.it,* 2005, n. 1, che tuttavia concludono che il dato testuale (incongruamente) determina l'esclusione del vizio di incompetenza da quelli oggetto di "dequotazione" ad opera dell'art. 21 octies, secondo comma (*ivi*, p. 36).

[4] Come si ricava, ad esempio, nelle tesi di R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, 16 ss., e Id, *Vizi formali e attività amministrativa* , in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 139.

[5] Così, esplicitamente, F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 57 ss. In termini "dubitativi" accenna ad un eventuale "interesse organizzativo dell'amministrazione" collegato al vizio di incompetenza, D. CORLETTO**,** *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 176 (nota n. 13).

[6] In particolare, cfr. S. CIVITARESE, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, passim., e L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità"*, cit.; entrambi gli autori si rifanno esplicitamente alla tesi di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, 3 ss. (che a sua volta rimanda a quella di E. CAPACCIOLI).

posterius, rispetto alla identificazione della qualità dell'azione amministrativa (che costituisce il fattore discriminante), in termini astratti (o potenziali)[7], ovvero come configurata nel caso concreto.
Va poi evidenziata quella dottrina che, posta in evidenza la portata "qualitativa" delle differenze che si riscontrano negli atti di distribuzione della competenza (atti organizzativi pubblicistici *vs* privatistici, in particolare), pone sul medesimo crinale il limite di rilevanza della connessa patologia, in relazione al vizio di incompetenza, così contestando la persuasività del discrimine discrezionalità/vincolatezza[8].

2. *Alcuni spunti problematici sollevati dall'ipotesi della dequotazione del vizio di incompetenza.*
La dequotazione del vizio di incompetenza (ad intendersi, la sua effettiva riconducibilità al novero dei vizi potenzialmente non invalidanti), in linea con la ratio che supporta le clausole di non annullabilità introdotte da secondo comma dell'art. 21-octies, si giustificherebbe, dunque, perché consentirebbe di contenere gli effetti di iper-protezione dell'interesse del ricorrente: il giudice in altre parole, non dovrebbe pronunciare l'annullamento del provvedimento quando l'azione amministrativa, in quanto vincolata, non avrebbe condotto (in astratto o in concreto) ad esiti differenti, qualora posta in essere dall'organo competente.
Queste conclusioni appaiono sensate, nella misura in cui si sforzano di superare una lettura formalistica e meccanica circa l'assolutezza delle conseguenze derivanti dalla violazione delle regole che attengono alla articolazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche; tuttavia, anche ad accogliere integralmente tale indirizzo interpretativo, la specificità dei caratteri e degli effetti delle regole sulla competenza inducono a prospettare una serie di problematiche:
1) una prima questione rimanda alla sempre incerta definizione del confine che separa l'incompetenza relativa rispetto a quella assoluta, con il progressivo ampliarsi della prima (al di fuori dei confini della singola amministrazione) ad interi plessi funzionali, a discapito della seconda: l'incrocio di questo indirizzo giurisprudenziale – che tende a ricostruire gli ambiti di attribuzione di una funzione

[7] Così, chi ritiene difficilmente riscontrabile, in concreto, l'evenienza di una attività integralmente vincolata, tende a valutare in termini riduttivi l'impatto effettivo dell'art. 21-octies, secondo comma: cfr. B. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 469.
[8] Cfr. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001 e Id, *Strumentalità della domanda di annullamento rispetto al risarcimento e vizio di incompetenza: conseguenze e incoerenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 1070 ss.

anche scavalcando i confini soggettivi e territoriali delle amministrazioni[9] – con gli effetti della dequotazione del relativo vizio comporterebbe che – per ipotesi e quantomeno per le attività di carattere vincolato – in interi settori si transiterebbe direttamente dall'inesistenza del potere (nullità) all'irrilevanza del vizio di incompetenza (conservazione dell'atto);

2) una seconda problematica concerne le conseguenze dell'applicazione di questo indirizzo ad attività vincolate caratterizzate da valutazioni complesse (tecniche, ma non solo) in ordine all'accertamento dei presupposti: in questi casi la qualità dell'organo (per struttura, composizione, requisiti tecnico professionali, *expertise*) potrebbe ancora "fare la differenza", e giustificare il rilievo dell'incompetenza, soprattutto considerando l'atteggiamento del Consiglio di Stato in materia di "sindacato debole" e di ricorso alla c.t.u[10].

3) una terza questione attiene al rilievo del vizio di incompetenza in quanto meccanismo "cardine" che regge il principio di distinzione politica/amministrazione e la connessa riserva di competenza dell'attività puntuale/concreta in capo agli organi dirigenziali; in questo senso, i problemi prospettabili possono essere così sintetizzati:

a) l'attività vincolata potrebbe finire per configurarsi come uno "spazio" utile per il recupero di intervento diretto da parte degli organi politici nell'amministrazione puntale/concreta (riservata agli organi dirigenziali);

b) il principio di distinzione opera anche in termini di "affidamento" del cittadino nell'imparzialità dell'azione amministrativa: anche nel caso dell'attività vincolata, dunque, la lesione del riparto di competenze tra politica e amministrazione potrebbe mettere in questione quantomeno l'"apparenza" di imparzialità dell'azione amministrativa. [11]

---

[9] Si tratta di un risalente indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cass. S.U., 2510/1981 e Cass. S.U. 11854/1992), che tuttavia è suscettibile di avere un impatto notevole, se si considera che nel nostro ordinamento prevalgono modalità di attribuzione delle funzioni amministrative poco rispettose del principio di "unicità", con conseguente coinvolgimento "verticale" di diversi livelli di governo nella medesima funzione (aspetto che è stato sottolineato a più riprese, sia con riferimento alla attuazione della l. 59/1997, sia con riferimento agli effetti della riforma del Titolo V, e con taglio fortemente critico, da G. ROSSI; si v., ad esempio Id., *Le energie rinnovabili fra complessità organizzative e procedimentali*, in *www.astrid.it*).

[10] Cfr. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove, vecchie soluzioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 439.

[11] Sul punto, va sottolineato che la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene il principio di distinzione applicazione diretta dell'art. 97 Cost. ai fini della garanzia dei canoni dell'imparzialità e del buon andamento (cfr. C. Cost. n. 103 e 104 del 2007, e da ultimo, n. 37 del 2010): vi sono, quindi, anche ragioni di rilievo costituzionale che militano a favore di una differenziata considerazione del vizio di incompetenza nel caso della violazione della riserva di compiti agli organi

3. *L'applicazione dell'art. 21-octies al vizio di incompetenza nella (controversa) lettura della giurisprudenza.*

Il confronto con gli indirizzi giurisprudenziali maturati nei cinque anni di vigenza dell'art. 21-octies è utile non soltanto per avere il quadro del reale effetto di dequotazione del vizio di incompetenza, ma anche come momento di verifica dei profili problematici fin qui prospettati.

Nel periodo compreso tra il 2005 ed il primo semestre del 2010, si sono potute registrare cinquanta decisioni del giudice amministrativo in materia. Va innanzitutto soppesato il dato quantitativo: sul totale delle decisioni prese in considerazione, trentacinque affermano che l'atto vincolato affetto da incompetenza non è annullabile, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2; quindici, invece, negano che detta fattispecie sia applicabile al vizio di incompetenza.

Come si può constatare, dunque, il tema riveste un rilievo indubbio nel dibattito giurisprudenziale, che si manifesta in indirizzi giurisprudenziali contrastanti, anche se sembra prevalere – almeno in termini quantitativi – l'indirizzo favorevole a rendere (anche) l'incompetenza una condizione invalidante cui non consegue, in determinate circostanze (l'essere il provvedimento vincolato), l'annullamento giurisdizionale del provvedimento.

E' interessante notare come la giurisprudenza abbia formulato percorsi argomentativi eterogenei sia per motivare la ammissibilità della dequotazione del vizio di incompetenza, sia quando si è trattato di negarla.

Nel caso dell'indirizzo prevalente (che ammette l'applicabilità dell'art. 21 octies, secondo comma, al vizio di incompetenza), una prima strategia argomentativa passa per il tentativo di ricondurre il vizio di incompetenza nel quadro delle fattispecie di cui al comma 2, primo alinea. E così:

1) in cinque casi l'incompetenza è esplicitamente ricostruita come vizio del procedimento[12]: l'individuazione della competenza, infatti, viene intesa dai giudici quale momento "propulsivo" dell'azione amministrativa, da cui prende

---

dirigenziali, ragioni che – per altro – lo stesso legislatore ha fatto proprie nella formulazione della delega in materia di organizzazione amministrativa e lavoro pubblico (cfr. l'art. 6, comma 1 della l. 4 marzo 2009, n. 15, che ha finalizzato l'esercizio della delega al rafforzamento "del principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia").

[12] Si tratta di: Tar Lazio, Latina, I, 1748/2006 e 39/2007; Tar Toscana 3580/2007; Trga Trento, 172/2009 e 312/2006.

avvio la dinamica procedimentale[13]. Si noti, però, come in questa lettura un elemento caratteristico della dimensione organizzativa (la competenza) finisca per essere integralmente "assorbito" nella dimensione dell'attività (la dinamica procedimentale).

2) in sette casi l'incompetenza è esplicitamente definita vizio "formale"[14]: qui, tuttavia, l'espediente qualificatorio non vale tanto ad assimilare l'incompetenza ad un vizio di forma del provvedimento, quanto piuttosto a designare i casi di scostamento lieve rispetto all'ordine legale di imputazione dell'atto, tale da configurare una sorta di "irregolarità organizzativa", non meritevole della sanzione dell'annullamento. Ed in effetti, in tutti questi casi l'incompetenza è riscontrata in capo ad un organo del medesimo livello o di analoga "qualità" rispetto all'organo pretermesso (organo monocratico in luogo dell'organo collegiale da questi presieduto[15]; organi amministrativi di una medesima ASL[16]; organi gestionali di aree funzionali contigue[17], etc.)

Nelle decisioni favorevoli alla dequotazione risulta, però, prevalente (ventitré pronunce) un differente approccio argomentativo[18]. In questi casi, il giudice tende ad applicare direttamente la *ratio* sottesa all'art. 21 octies, comma 2 al vizio di incompetenza. In altri termini, piuttosto che giustificarne la riconducibilità ai vizi di forma/del procedimento, il giudice preferisce applicare le clausole di non annullabilità direttamente al vizio di incompetenza, nella sua autonoma configurazione. In questo modo, si compie però una operazione di applicazione *analogica* del meccanismo di non annullamento, che resta più spesso celata sotto il

---

[13] Cfr., ad esempio, Tar Lazio, Latina, I, 1748/2006: "il Collegio ritiene che l'incompetenza rientri tra i vizi formali e/o procedimentali che possono determinare la c.d. illegittimità non invalidante afferendo il regime delle attribuzioni proprio alla fase iniziale d'impulso, vale a dire al primo atto da cui origina l'intero procedimento".

[14] Si tratta di: Cons. Stato, VI, 6521/2006 e 5661/2008; Tar Liguria, I, 65/2006; Tar Campania, Napoli, VII, 1816/2009; Tar Puglia, Lecce, II, 2365/2009; Tar Puglia, Bari, II, 620/2009 e Trga Trento 312/2006.

[15] Cfr. Cons. Stato, VI, 6521/2006.

[16] Cfr. Tar Puglia, Lecce, II, 2365/2009.

[17] Cfr. Tar Puglia, Bari, II, 620/2009.

[18] Si tratta di: Cons. Stato, VI, 32/2008 e 1735/2006; Tar Basilicata, 133/2008; Tar Calabria, Catanzaro, II, 1556/2008; Tar Campania, Napoli, VII, 3417/2009; Tar Campania, Salerno, II, 312/2008 e 1552/2005; Tar Campania, Napoli, V, 676/2007, 5641/2007, 8851/2007; Tar Campania, Napoli, III, 1868/2009; Tar Lazio, Latina, I, 39/2007 e 401/2007; Tar Lazio, Roma, III ter, 3329/2008; Tar Lombardia, Brescia, II, 1370/2009 e 1082/2005;
Tar Puglia, Lecce, I, 4376/2008, 3068/2007, 3919/2006 e 3340/2006; Tar Puglia, Bari, II, 278/2007; Tar Sicilia, Palermo, I, 1425/2009; Tar Toscana, II, 1731/2000.

formale richiamo alle formule legislative positive, ma che poi è effettivamente praticata; per averne contezza, si consideri che, in tutti questi casi:

1) condizione necessaria e sufficiente per comminare la non annullabilità dell'atto afflitto da incompetenza è la sola condizione di vincolatezza dell'atto impugnato[19], senza alcun riferimento implicito o esplicito alla caratterizzazione (formale/procedimentale) del vizio;
2) l'effetto di non annullamento consegue anche all'accertamento della condizione di vincolatezza *in concreto* dell'atto impugnato[20] (similmente a quanto previsto nel secondo alinea dell'art. 21, comma 2): non si direbbe, tuttavia, che l'amministrazione sia tenuta a fornirne prova (come invece sarebbe previsto nel medesimo alinea); anzi, in certi casi il giudice ha accertato d'ufficio tale condizione.

Anche con riguardo alle decisioni che, al contrario, negano la applicabilità delle clausole di non annullabilità[21] al vizio di incompetenza che affligga atti vincolati, i percorsi argomentativi formulati dalla giurisprudenza risultano variano notevolmente:

1) un primo, più tradizionale[22] ordine di argomenti, fa premio sull'art. 26, comma secondo, della legge istitutiva dei Tar (e sull'identico art. 45 del t.u. sul Consiglio di Stato). Tale disciplina (di ordine processuale) comporterebbe sempre l'esame preliminare[23] del vizio di incompetenza, nonché l'effetto preclusivo dell'esame degli altri vizi all'esito positivo di tale scrutinio (i.e., l'accertata incompetenza), onde rimettere "impregiudicato" l'affare all'organo competente: tale circostanza consentirebbe di escludere in radice l'applicabilità della fattispecie esimente, perché (secondo tale lettura) il giudice non può nemmeno arrivare a valutare la natura vincolata o meno del provvedimento[24]; ed in ogni caso, il trattamento processuale privilegiato del vizio sarebbe

---

[19] Significativa, a solo titolo esemplificativo, l'affermazione contenuta in Tar Toscana, II, 1731/2000, dove si configura "l'incompetenza come vizio rilevante solo a carico dei provvedimenti di natura discrezionale".

[20] Cfr. Tar Lazio, Latina, I, 401/2007 e Tar Puglia, Lecce, I, 4376/2008;

[21] Si tratta di: Cons. Stato, V, 2694/2004; Tar Basilicata, 346/2007; Tar Campania, Napoli, I, 3538/2006; Tar Campania, Napoli, II, 17823/2005; Tar Campania, Napoli, IV, 3780/2005; Tar Campania, Napoli, VII, 3804/2006; Tar Campania, Salerno, II, 94/2007; Tar Lazio, Roma, I bis, 2551/2009; Tar Lazio, Roma, III, 8224/2007; Tar Liguria, II, 1578/2008; Tar Piemonte, I, 2551/2009 e 129/2006; Tar Veneto, II, 857/2008

[22] Cfr. Cons. Stato, IV, 310/1996 e 4214/2001, nonché Cons. Stato, V 787/1988.

[23] Cfr. Cons. Stato, V, 2694/2004; Tar Lazio, Roma, III, 8224/2007.

[24] Cfr. Tar Campania, Napoli, IV, 3780/2005.

sintomo della sua natura sostanziale (ostativa, pertanto, alla sua dequotazione)[25].

Tale argomentazione presenta, tuttavia, alcune debolezze, che vanno sottolineate: in primo luogo, la concorrente domanda di risarcimento del danno può comunque imporre al giudice una cognizione completa dei vizi fatti valere con il ricorso (così che il meccanismo preclusivo potrebbe non operare[26]); inoltre va rilevato come, nella prassi, è circostanza frequente che il giudice non proceda affatto ad esaminare in via preliminare la sussistenza del denunciato vizio di incompetenza[27].

2) un secondo ordine di argomentazioni si fonda sulla stretta interpretazione del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 21-octies. Tale lettura integrata sarebbe giustificata sia dal fatto che il secondo comma fa eccezione al generale principio di annullabilità sancito nel primo comma, sia in ossequio ad un *favor* costituzionalmente orientato alla più ampia giustiziabilità degli atti dell'amministrazione. Tale tecnica interpretativa comporterebbe, per un verso, la conferma dell'autonomia del vizio di incompetenza (rispetto alla violazione di legge, cui sarebbero riconducibili le fattispecie esimenti di cui al comma 2), sia l'impraticabilità di una applicazione estensiva ovvero analogica di tali esimenti al vizio di incompetenza, che conserverebbe così intatta (anche se solo in via residuale) la sua natura di vizio sostanziale.[28]
3) un terzo, più articolato ordine di argomentazioni, risulta maggiormente attento alle *ragioni della competenza*. Qui il rifiuto della dequotazione, oltre che meno netto ed assoluto, si fonda in maniera più analitica sulla *ratio* e sulla *qualità* della regola di competenza di volta in volta violata, e sul suo effettivo contributo in termini di garanzia:

---

[25] Va, tuttavia, sottolineato che tale opzione argomentativa appare irrimediabilmente superata dal fatto che l'art. 26 della legge Tar è stato esplicitamente abrogato dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, che ha introdotto il "Codice del processo amministrativo" (cfr. All. 4, art. 4, comma 1, n. 10)); si aggiunga che non soltanto la disposizione in questione non è stata riprodotta nel Codice, ma – in generale – sembra venire meno qualsiasi forma di trattamento privilegiato per il vizio di incompetenza.

[26] Sul punto, più ampiamente, si v. A. PIOGGIA, *Strumentalità della domanda di annullamento rispetto al risarcimento e vizio di incompetenza*, cit., ma anche Tar Lazio, Latina, I, 39/2007.

[27] Con riferimento alle sentenze esaminate, quasi nella metà dei casi l'esame del vizio di incompetenza risulta posticipato (almeno, stando alla sequenza delle motivazioni) rispetto all'esame degli altri vizi, e questo anche in alcuni casi in cui al suo positivo riscontro ha fatto seguito l'annullamento del provvedimento impugnato.

[28] Cfr. Tar Campania, Napoli, I, 3538/2006; Tar Campania, Napoli, IV, 3780/2005; Tar Basilicata, I, 346/2007; Tar Piemonte, I, 2551/2009 e 129/2006; Tar Veneto, II, 857/2008.

a. ad esempio, si valorizza il vizio di incompetenza quando esso comporta la violazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione[29];
b. si sottolinea che il rilievo del vizio dipende dall'effetto che i requisiti di competenza possono esplicare sull'atto impugnato[30];
c. si afferma che in presenza di valutazioni dei presupposti dal contenuto opinabile, incerto, tecnicamente complesso, si giustifica l'annullamento di un atto anche se vincolato in concreto[31].

4. *Quale equilibrio?*

Rispetto a questo quadro così variegato, e che dà conto di una giurisprudenza ancora magmatica e contraddittoria[32], piuttosto che prendere posizione, preme sottolineare che gli approcci più interessanti (in prospettiva) appaiono quelli che – senza infingimenti o facili scappatoie – affrontano *ex professo* la questione dell'applicabilità della *ratio* dell'art. 21-octies, secondo comma, all'incompetenza, vuoi per ammetterla, vuoi per negarla. Si può affermare, cioè, che anche in questo caso (come nel caso dei vizi della partecipazione[33]) sia aperto un cantiere per la "messa a regime" delle conseguenze derivanti dalla violazione delle regole di assegnazione della competenza.

E' auspicabile che al termine di questa fase di "messa a punto" possano prevalere soluzioni ed assetti equilibrati. Occorre, cioè, che le esigenze dell'amministrazione "di risultato" e della "legalità sostanziale" (sottese alla formulazione del secondo comma dell'art. 21-octies) vengano adeguatamente dimensionate, salvaguardando al contempo quelle utilità che sono (storicamente) derivate dalla emersione a giuridica rilevanza della dimensione organizzativa delle pubbliche amministrazioni: un percorso concettuale di cui il vizio di incompetenza – nella sua autonoma configurazione – ha costituito la chiave d'accesso.

Tanto più che le utilità che derivano dal rilievo acquisito dal dato organizzativo nel sindacato sull'azione delle pubbliche amministrazioni, non si misurano unicamente in termini di garanzia dell'amministrato nei confronti dell'esercizio (non imparziale) del potere (come nel caso, ad esempio, della violazione delle regole sulla distinzione dei compiti tra organi politici ed organi amministrativi), ma anche in termini di

---

[29] Cfr. Tar Campania, Napoli, II 17823/2005;
[30] Cfr. Tar Campania, Napoli, VII, 3804/2006;
[31] Tar Lazio, Roma, I bis, 2551/2009.
[32] Ma si noti che, dal 2005 in poi, tutte le decisioni assunte in appello dal Consiglio di Stato sono favorevoli alla tesi della dequotazione.
[33] Sul punto, v. L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit.

contributo alla “buona amministrazione” (il buon andamento dell’art. 97 Cost., nella sua accezione più densa di implicazioni): si pensi a quei casi di attività amministrativa – anche vincolata, lo si è visto – in cui l’organo competente (perché costruito ed articolato secondo determinati criteri) è posto nelle condizioni di assumere una decisione “migliore” (perché tecnicamente più adeguata, attrezzata, compiuta) rispetto ad un (altro) organo, privo di tali requisiti. Dette utilità sono venute a maturazione anche grazie al distinto rilievo riconosciuto al vizio di incompetenza, che merita – pertanto – una autonoma e coerente elaborazione anche in relazione all’annullamento non pronunciabile.