amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Atti giuridici e principio di conservazione

di Gabriele Pepe*

Sommario

1. Il ruolo dei principi e delle regole nel sistema giuridico; 2. Natura e caratteri del principio di conservazione degli atti giuridici; 3. Il principio di conservazione nel diritto romano; 4. Il principio di conservazione nel diritto privato; 5. Il principio di conservazione nel diritto amministrativo; 5.1. La funzione di riesame della P.A. con particolare riferimento alla conversione dell'atto amministrativo; 5.1.2. L'obbligo di rimozione del provvedimento amministrativo comunitariamente illegittimo; 5.2. Gli atti amministrativi compiuti dal funzionario di fatto; 5.3. Le illegittimità non invalidanti del provvedimento amministrativo.

 ISSN 2036-7821

1. Il ruolo dei principi e delle regole nel sistema giuridico

Preliminarmente all'esame della natura e dei caratteri del principio di conservazione degli atti giuridici, occorre decriptare la nozione di principi, collocarla nel sistema ed illustrarne le differenze rispetto alle regole. Il dibattito sui principi è da sempre oggetto di interesse da parte della più autorevole dottrina[1]. Del resto, in base agli insegnamenti del *Savigny* lo strumentario del giurista deve includere una corretta padronanza dei principi.

Ai fini del presente studio, dunque, un'analisi sulla tematica dei principi rappresenta un *prius* logico per un approfondimento sul principio di conservazione degli atti giuridici.

Tradizionalmente con la locuzione principi del diritto o dell'ordinamento[2] si intendono gli orientamenti e le direttive di carattere generale ossia le travi maestre su cui è costruito un sistema giuridico[3]. I principi sono altresì definiti come *"poli giuridici da cui l'ordinamento viene attratto; però questa forza attrattiva cambia da luogo a luogo e da epoca a epoca; sotto la medesima formula si celano significati diversi; ciò comporta che i principi non possono considerarsi immutabili e debbono essere storicizzati"*[4].

Senza ripercorrere il dibattito dottrinario che per decenni ha attraversato il panorama giuridico italiano, è d'obbligo principiare dal postulato che i principi sono norme appartenenti all'ordinamento giuridico (c.d. normatività dei principi[5]). Ma anche le regole sono norme. Quali differenze si possono rintracciare, allora, tra le due figure[6]?

Con precipuo riferimento alla distinzione tra principi e regole esistono tre scuole di pensiero: la prima che propone una distinzione forte (qualitativa, ontologica, logica); la seconda sostenitrice di una distinzione debole (quantitativa e di grado); la terza intermedia che attinge

---

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

[1] In proposito si rinvia, senza pretese di completezza, ai contributi di DALLARI G., *Principi generali del diritto*, Milano, 1935. ORESTANO F., *Nuovi principi*, Bocca, Milano, 1939. BETTI E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940. CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941. VIARO M., *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969. PINTORE, *Norme e principi*, Milano, 1982. JORI M., *I principi nel diritto italiano*, in *Sociol. dir.*, n. 10, 1983. GUASTINI R., *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, 1986. SORRENTINO F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987. MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur Treccani.* vol. XXIV, Roma, 1990. AA.VV., *Convegno "I principi generali del diritto"*, Roma, 27-29 maggio, 1991, *Accademia nazionale dei lincei*, Roma, 1992. RESCIGNO P., *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1992. ITALIA V., *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Giuffrè, Milano, 2000. GIANNINI M.S., *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, ora in *Scritti 1991-1996*, vol. IX, Milano, 2006.

[2] Un puntuale riferimento si rinviene nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale il quale recita in proposito: "*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*". È evidente, tuttavia, come la disposizione debba essere interpretata alla luce del contesto storico in cui è stata elaborata; un contesto dominato dagli schemi giuridici del positivismo giuridico, i quali erano soliti relegare i principi ad un ruolo servente rispetto alle leggi (scritte) dello Stato.

[3] Così *Corte cost.*, 26 giugno 1956, n. 6, in *www.cortecostituzionale.it*, che definisce i principi "*quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente*".

[4] SCHLESINGER R., *The nature of general principles of law*, Bruxelles, 1964.

[5] In dottrina CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, op. cit.*. SCIALOJA V., *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, poi in *Studi giuridici*, vol. III, Roma, 1932-34. Ad essi si contrappone DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, I, 331, secondo cui i principi generali del diritto sarebbero principi di diritto naturale idonei ad integrare ed arricchire dall'esterno l'ordinamento.

[6] MEZZETTI L., *Valori, principi, regole*, in *Principi costituzionali* a cura di L. MEZZETTI, Giappichelli, Torino, 2011.

alle prime due rimodulandone alcuni aspetti in un'opera di sintesi[7].

La teoria della distinzione forte[8] muove dall'assunto che i principi abbiano nel proprio statuto elementi propri e inconfondibili diversi da quelli delle regole. In primo luogo ai principi, quali norme essenziali dell'ordinamento, "*si aderisce*", mentre alle regole "*si ubbidisce*". In secondo luogo i principi presentano un elevato tasso di generalità, vaghezza e indeterminatezza (c.d. "*norme senza fattispecie*"), mentre le regole sono norme che ricollegano conseguenze giuridiche a fattispecie precise e determinate. Questa scuola di pensiero evidenzia, poi, come i principi esprimano valori direttamente percepibili, mentre le regole risulterebbero in tal senso maggiormente opache[9]. L'importanza dei principi, inoltre, va misurata caso per caso attraverso un giudizio di bilanciamento che può sfociare anche nell'applicazione temperata di più principi confliggenti. Le regole, viceversa, "*non si pesano*", si applicano o non si applicano e, in caso di antinomie, l'applicazione di una regola esclude la contemporanea applicazione dell'altra, senza possibilità di coesistenza. Da ultimo i principi sono norme prescrittivo-categoriche mentre le regole seguono una struttura ipotetica. In definitiva questo orientamento conferisce normatività ai principi, ma una normatività diversa rispetto a quella propria delle regole giuridiche, dovuta a differenze strutturali e funzionali. Questa teoria è stata nel tempo applicata in modo differenziato, venendo talvolta anche travisata. Alcuni[10] hanno svalutato il ruolo dei principi considerandoli meri auspici di politica legislativa o norme c.d. programmatiche. Altri[11] ne hanno, invece, esaltato la portata, sottolineandone la funzione-guida nella applicazione ed eventualmente nella disapplicazione delle regole con essi in contrasto.

Quanto al secondo orientamento, i fautori della distinzione debole[12] ritengono che i principi e le regole, in quanto appartenenti alla più ampia famiglia delle norme, abbiano gli stessi elementi, e coerentemente ne rintracciano il *discrimen* sul versante quantitativo del grado dei rispettivi caratteri strutturali.

La tesi più solida pare, comunque, la tesi mediana la quale, rifuggendo da classificazioni nette e aprioristiche, attinge elementi sia dalla teoria forte sia dalla teoria debole. Secondo l'orientamento mediano, del resto, la differenza tra principi e regole sarebbe non già ontologica, bensì di tipo graduale e relazionale. Ne discende, di conseguenza, come una norma assuma la veste di principio ove possieda talune caratteristiche (maggior genericità e indeterminatezza[13]

[7] PINO G., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2009.

[8] BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949. DWORKIN, R., *Taking right seriously*, II ed., *Duckworth, London*, 1978, trad. it., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1994. ATIENZA M.–RUIZ MANERO J., *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993. MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996. MARTÌNEZ ZORRILLA D., *Conflictos constitucionales, ponderaciòn e indeterminaciòn normativa, Marcial pons*, Madrid, 2007.

[9] PERRY S., *Two models of legal principles*, in *Iowa Law Review*, 82, 1997, p. 787: "*I principi hanno un contenuto esplicitamente valutativo, mentre il contenuto delle regole riguarda la descrizione di una azione*". Anche le regole sono finalisticamente orientate al perseguimento di un valore che può essere politico, morale e così via ma ciò avviene in forme criptiche, senza che se ne abbia un'immediata percezione.

[10] ALEXANDER L.–SHERWIN E., *The rule of rules. Morality, rules and the dilemmas of law*, *Duke* U.P., *Durham*, 2001.

[11] DWORKIN R., *Taking right seriously*, *op. cit.*. ATIENZA M.–RUIZ MANERO J., *Ilìcitos atipico. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviaciòn de poder*, Madrid, 2000.

[12] RAZ J., *Legal principles and the limits of law*, in *Yale law journal*, 81, 1972, p. 823. MacCORMICK N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001. GIANFORMAGGIO L., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* a cura di Diciotti E. e Velluzzi V., Giappichelli, Torino, 2008. TWINING V.–MIERS D., *Come far cose con regole*, Giuffrè, Milano, 1990. DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999. BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2008.

[13] Sulla genericità ed indeterminatezza dei principi RAZ J., *Legal Principles and the limits of law*, In proposito anche

della fattispecie, apertura alle eccezioni, maggior peso in sede applicativa) in misura superiore rispetto alle regole. In secondo luogo "*una norma può avere valore di principio rispetto ad alcune norme, e non averlo rispetto ad altre*"[14]. Dunque a livello teorico risulta alquanto ardua una distinzione universale tra regole e principi, dovendo la stessa ricercarsi in concreto in base alle variabili peculiarità della fattispecie. Tale teoria rintraccia per lo più nei requisiti di genericità ed indeterminatezza i tratti distintivi dei principi. La genericità del principio, invero, si palesa soprattutto nelle conseguenze normative[15] che risultano, solitamente, generiche e indeterminate[16]. Ciononostante, genericità e indeterminatezza sono, in ogni caso, proprietà graduali e relative: non sempre una regola è specifica e determinata ed un principio, viceversa, del tutto generico e indeterminato[17].

Anche il peso rappresenta un elemento graduale e relazionale. Il peso di una norma si identifica con il ruolo di quella norma nell'argomentazione giuridica, in termini di elemento di decisione del caso o quale condizionamento che essa riverbera sull'interpretazione e/o applicazione di altre norme. I principi tendono ad avere un peso maggiore delle regole, in quanto rilevano ai fini della decisione in un numero superiore di casi; inoltre i principi possiedono un ambito applicativo normalmente più esteso delle regole, in virtù della connaturale *vis expansiva* che gli è propria. Talvolta, però, i principi possono avere un peso inferiore alle regole per la variabilità del contributo che essi forniscono alla argomentazione giuridica. Da questo punto di vista, invece, le regole offrono apporti normalmente più stabili poiché, essendo soggette, a differenza dei principi ad un numero inferiore di eccezioni implicite, garantiscono con maggior frequenza il risultato indicato dalla norma[18].

Va sottolineato, poi, come il peso assunto di ciascuna norma (sia essa un principio o una regola) risulti grandemente condizionato da alcuni fattori tra cui il rango nella gerarchia delle fonti, la valenza normativa riconosciuta in un dato contesto giuridico, le circostanze applicative rilevanti.

Quanto al primo elemento, la collocazione di una norma nel sistema delle fonti ne misura il "*peso astratto*"[19]. In base a tale criterio, ad esempio, un principio costituzionale ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio legislativo, mentre un principio legislativo ha un peso astratto superiore a quello di un principio consuetudinario[20].

Per quanto concerne il secondo fattore, esso consiste nel grado di adesione della norma ai valori politico-giuridici dominanti in un parti-

---

LUZZATI C., *Prìncipi e princìpi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

[14] PINO G., *Principi e argomentazione giuridica*, *op. cit.*.

[15] ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008.

[16] BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994. L'Autore osserva che i principi "*sono norme indefinite, che comportano una serie indefinita di applicazioni*". In effetti i principi fissano un valore, un fine senza stabilire con esattezza le modalità attraverso le quali dovrà essere realizzato. Inoltre le stesse conseguenze che dall'applicazione del principio scaturiscono non sono definibili *a priori*, essendo influenzate da una molteplicità di circostanze.

[17] PINO G., *Principi e argomentazione giuridica*, *op. cit.*.

[18] Questa funzione del peso nell'applicazione delle regole richiama per certi aspetti il concetto di "*trinceramento*" espresso dalla teoria delle regole di SCHAUER F., *Le regole del gioco. Una analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, Bologna, 2000.

[19] ALEXY R., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, n. 10, 2005.

[20] Contrario alla tesi del "*peso astratto*" BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992. Secondo l'Autore ciò che rileva è il peso concreto dei principi da valutarsi all'esito di una ponderazione tra i medesimi. Il giudizio comparativo può effettuarsi anche tra principi di rango diverso, ad esempio tra principi costituzionali e principi non costituzionali.

colare sistema in un dato momento storico; i principi, del resto, manifestano valori[21] di differente natura. In ordine infine al terzo elemento, il peso di una norma deve soppesarsi in base alle circostanze fattuali quali la possibilità di applicazione della norma secondo le risorse disponibili oppure normative quali la presenza di altre norme concorrenti o configgenti[22]; queste ultime sarebbero riconducibili ai c.d."*meta-principi*", principi che, pur non avendo contenuto sostanziale, contribuiscono senza dubbio al funzionamento della "*macchina del diritto*"[23].

Dalla distinzione tra principi e regole possono trarsi una serie di corollari: *in primis* non tutti i principi hanno la stessa importanza concreta, offrendo contributi di diversa intensità alla decisione del caso. In secondo luogo un principio può essere considerato meno importante anche di una regola, ove nell'ipotesi di conflitto sia preferibile applicare la regola; in alcune situazioni un principio può soccombere dinanzi ad altro principio, mentre in presenza di diverse circostanze lo stesso principio può avere la meglio sul principio in precedenza prevalente. Tutto ciò denota lo scarso rilievo di una gerarchia astratta tra principi e tra principi e regole, e la mutevolezza e variabilità di un giudizio da calibrarsi in concreto alla luce delle circostanze del caso. Infine non sempre tra principi e regole si rinviene una contrapposizione netta, potendo le regole rinvenire il proprio fondamento in norme che assumono il nome di principi, instaurandosi così una relazione gerarchica di tipo assiologico[24], in virtù della quale le prime devono interpretarsi in conformità ai secondi[25]. In sede applicativa i principi, specialmente non scritti, conferiscono al giudice un potere ad ampio spettro, consentendogli da un lato il riempimento delle lacune del sistema e, dall'altro, l'interpretazione di regole ed istituti giuridici in un senso ad essi conforme.

2. Natura e caratteri del principio di conservazione degli atti giuridici

La necessità di preservare l'efficacia giuridica degli atti compiuti permea di sé gli ordinamenti di ogni tempo e luogo, quale dato implicito di natura logica prima ancora che giuridica[26].

Il principio di conservazione è uno spettro che aleggia nel sistema, assumendo di volta in volta sembianze applicative eterogenee[27].Si è al cospetto, infatti, di un principio trasversale che non appartenendo in via esclusiva a questa o a quella branca del diritto, tende ad irradiarsi nei gangli dell'intero ordinamento giuridico in virtù della naturale *vis expansiva* che lo caratterizza; del resto "*la stessa continuità di un ordinamen-*

[21] Per la distinzione tra "*principio*" e "*valore*" MODUGNO F., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali,* in ID. (*cur.*), *Esperienze giuridiche del '900,* Milano, 2000. In argomento anche JORI M., *Saggi di metagiurisprudenza,* Giuffrè, Milano, 1985, secondo il quale *"i principi evidenziano il valore o i valori che possono giustificare l'accettazione dei principi stessi".*

[22] RAZ J., *Legal principles and the limits of law, op. cit.*. ALEXY R., *Teoria de los derechos fundamentales*, *op. cit.*. BIN R., *Diritti e argomenti*, *op. cit.*.

[23] CASTIGLIONE V.S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995.

[24] PINO G., *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008.

[25] PINO G., *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1, 1998.

[26] Sul principio di conservazione si rinvia, senza pretese di esaustività ai contributi di BODDA P., *La conversione degli atti amministrativi illegittimi,* Milano, 1935. GRASSETTI C., *Interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938. *Id., Conservazione (principio di), in Enc. dir.* vol. IX, Milano, 1961. BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949. MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953. SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, V ed., Napoli, 1957, *spec.* pp. 129, 229. BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *spec.* p. 21, *nota* 23.

[27] Utilizzando una metafora medica il principio di conservazione può idealmente immaginarsi come un tessuto connettivo che abbraccia il sistema penetrando, sia pure con diversa intensità, nelle pieghe di molti rapporti ed istituti giuridici.

to presuppone l'azione di una forza conservatrice di valori"[28].

In una prospettiva generale va evidenziato come il principio di conservazione abbia due manifestazioni fenomeniche: una prima come canone interpretativo dell'atto giuridico *lato sensu* inteso (legge, negozio giuridico, sentenza, provvedimento amministrativo ecc..); una seconda come istituto applicativo (conversione, convalida, sanatoria, conferma, ratifica, nullità parziale e così via).

L'esigenza di conservazione degli atti giuridici, in presenza di vizi di validità, ha ispirato la riflessione di giuristi di ogni epoca nel difficile tentativo di bilanciare l'osservanza dei precetti legislativi (principio di legalità formale) con la necessità di non disperdere l'attività giuridica compiuta (principio di conservazione); ciò anche in ragione degli effetti materiali *medio tempore* prodottisi.

Come si evidenzierà nel prosieguo della trattazione, il principio di conservazione degli atti giuridici appartiene alla nostra tradizione *ab immemorabilis*, potendosene rinvenire tracce già in epoca romana nel noto brocardo *res magis valeat quam pereat*[29] e successivamente nel diritto comune[30].

Venendo ai tempi moderni, occorre rilevare come il principio di conservazione assuma centrale rilievo, segnatamente in ambito privatistico nell'attività di interpretazione del contratto[31] e più in generale del negozio giuridico[32] e nella salvaguardia della loro efficacia giuridica, in casi peculiari di invalidità. Del resto, come autorevolmente sostenuto dalla dottrina, il principio di conservazione "*è stato affermato sul piano della teoria generale come principio interpretativo desunto prima dalle norme relative all'interpretazione dei contratti (art.1367) e poscia esteso e generalizzato sino ad essere riferito anche alle espressioni generali degli ordinamenti*"[33]. Un principio, dunque, che mira alla salvaguardia dell'efficacia degli atti compiuti.

Nel sistema tratteggiato dal codice civile il principio di conservazione rinviene il proprio fondamento, da un lato, nel principio di economia dei mezzi giuridici e, dall'altro, nella presunzione di serietà dei propositi di chi emette dichiarazioni di volontà[34]. Infatti il principio conservativo affiora nella fase patologica dei rapporti negoziali in funzione salvifica degli effetti dell'atto compiuto in difformità dal modello legale.

Nel diritto privato il principio di conservazione tende, altresì, ad avverarsi in una pluralità di istituti, tra cui si segnalano la nullità parziale (art. 1419 I co. c.c.), la convalida del negozio annullabile (art.1444 c.c.), la conversione del

[28] BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *spec.* p. 21, *nota* 23: "*Così dicasi dell'effettività: una organizzazione può dirsi effettiva come ordinamento nel momento in cui essa ha la forza di conservare i valori cui ha dato vita*".

[29] GIULIANO S., in *Digesto* 34, 5, 12 (13).

[30] Per un *focus* sul diritto comune si rinvia, senza pretese di esaustività, agli studi di RICHERI T.M., *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, I, *Venetiis*, 1841, *disp. pars*. III, p.188. MASSIRONI A., *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Giuffrè, Milano, 2012.

[31] *Ex multis*, RESCIGNO P., *L'interpretazione del testamento*, in *Successioni e donazioni*, II ed., Napoli, 1997. SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.*. BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 1991.

[32] In proposito, tra i tanti, BETTI E., *Teoria generale del negozio*, Torino, 1943. STELLA RICHTER G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pp. 411 ss..

[33] BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *op. cit.*. Più in generale sulla interpretazione della legge si rinvia al fondamentale contributo di BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 261 ss.. Si veda in proposito l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale il quale testualmente recita: "*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*".

[34] PUGLIATTI S., *Istituzioni di diritto privato*, II ed, Milano, 1935, *spec.* p. 246.

contratto nullo (art. 1424 c.c.). Emergerebbe, così, dalle disposizioni civilistiche l'*intentio legis* di preservare la volontà negoziale dei contraenti fin dove possibile nei limiti di meritevolezza degli interessi perseguiti; in particolare si segnala la centralità della conversione del negozio nullo sia *ex se* sia quale istituto applicabile estensivamente alla categoria degli atti amministrativi[35].

Occorre, tuttavia, puntualizzare come il principio di conservazione, pur avendo carattere generale, possa in alcune ipotesi tollerare deroghe a fronte di esigenze superiori o di pari grado. In ogni caso tale principio, lungi dal vivere uno "*splendido isolamento*", interagisce con altri principi e regole, investendo l'interprete di una delicata opera di contemperamento e graduazione in special modo nei casi di conflitto.

Da queste brevi coordinate di riferimento, è possibile evincere, pertanto, come il principio di conservazione rappresenti una valvola di sicurezza offerta dal sistema per scongiurare la dispersione di energie giuridiche nei vari settori, privatistici e pubblicistici, dell'ordinamento, sia pure con modulazioni differenti in ragione delle specifiche discipline di ciascun settore.

3. Il principio di conservazione nel diritto romano

Il principio di conservazione affiora nel nostro ordinamento, sia pure con modalità e caratteri peculiari, sin dal diritto romano.

Già Ulpiano in una delle sue principali opere[36] classifica con riferimento alla sanzione applicata le leggi in tre gruppi:

1) *leges perfectae*: si tratta di quelle leggi che vietando un determinato atto lo dichiarano nullo qualora venga compiuto;

2) *leges minus quam perfectae*: sono le leggi che comportano una sanzione penale nei confronti del trasgressore della norma senza che sia dichiarata la nullità dell'atto (un esempio è rappresentato dalla *Lex furia testamentaria* del 200 *a.c.*)[37].

3) *leges imperfectae*: il riferimento è a quelle norme che non comminano per la loro inosservanza alcuna sanzione al trasgressore né comportano l'invalidità dell'atto.

Le *leges minus quam perfectae* rappresentano il banco di prova di una delle prime applicazioni del principio di conservazione degli atti giuridici, riconducibile all'esigenza di non disperdere l'attività giuridica compiuta, nonostante l'infrazione della norma[38]. Tuttavia nel corso dei secoli, anche in ragione del rigido formalismo che impronta l'ordinamento giuridico romano, si registra un progressivo declino delle *leges minus quam perfectae* sino alla Costituzione di Teodosio II del 439 *d.c.*.

A ben vedere, del resto, la tripartizione ulpianea si colloca nell'ambito del diritto privato in una prospettiva diacronica ed evolutiva delle fasi del procedimento legislativo: la *lex imperfecta* rappresenta lo stadio iniziale che poi evolve nella *lex minus quam perfecta* fino a sublimarsi nel punto di approdo della *lex perfecta*. Tale suddivisione viene, appunto, abolita dalla Costituzione teodosiana che, operando una *reductio ad unitatem*, consacra nella legislazione im-

[35] BODDA P., *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935. FRAGOLA U., *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952. MUSSELLI L., *La conversione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

[36] ULPIANO, *Liber singularis regularum*: *Pauli libri quinque sententiarum*, by Paul Krueger, 1878. In tema anche ROTONDI G., *Leges publicae populi romani*, 1966. ROBLEDA O., *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed. Roma, 1979. CATRICALÀ A., *L'esame di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 2011, p. 119. HEINZMANN M.C., *Le leggi irritanti e inabilitanti*, Roma, 2002. MANTELLO A., *Diritto privato romano: Lezioni-I*, Torino, 2013. VALDITARA G., *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013.

[37] BAVIERA G., *Leges imperfectae, minus quam perfectae e perfectae: memoria*, 1905. ARCARIA F.-LICANDRO O., *Diritto romano. I- Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014.

[38] In tal senso il profilo della validità e dell'efficacia dell'atto viene a scindersi dalle vicende sanzionatorie relative al suo trasgressore.

periale il modello unico della *lex perfecta*, conferendo così uniformità ed omogeneità al sistema. Da quel momento in poi la violazione della norma giuridica postulerà l'irrogazione di una duplice sanzione e per il trasgressore in termini di assoggettamento a pena e per l'atto sotto forma di declaratoria di nullità[39].

Occorre, a questo punto, domandarsi se il principio di conservazione si configuri in diritto romano quale categoria di ordine generale sì da trovare applicazione in una pluralità istituti conservativi come avviene nell'attuale ordinamento giuridico italiano.

Da una prima osservazione è possibile constatare come al principio di conservazione sia stato offerto uno spazio applicativo più circoscritto rispetto ai tempi moderni, in ragione della vigenza del confliggente principio della tipicità negoziale; un principio che, per esempio, ha ostacolato conversioni da una categoria giuridica all'altra. Si consideri, a titolo esemplificativo, l'attività di conversione di un negozio formale e astratto in un negozio causale, privo di forma solenne, ma fondato su causa identica o analoga allo scopo perseguito dalle parti; per l'ammissibilità di siffatta operazione il diritto romano prescrive che il negozio invalido abbia in sé gli elementi di una diversa stipulazione, e che il nuovo negozio, anche se non espressamente voluto dalle parti, rientri nello scopo ipotetico avuto di mira dai contraenti; da ultimo la conversione deve apparire opportuna e cioè idonea a realizzare, sia pure mediante un diverso negozio giuridico, gli interessi originari perseguito dalle parti[40].

Il principio di conservazione viene, altresì, utilizzato quale criterio interpretativo nell'ambito dei rapporti negoziali[41] nonché in materia testamentaria[42], sia pure, in quest'ultima ipotesi, con un approccio unilaterale incentrato sulla *voluntas testatoris*.

Inoltre il principio di conservazione si invera nell'ordinamento romano nella *ratihabitio* quale istituto deputato alla conservazione degli effetti giuridici degli atti del *falsus procurator*. La *ratihabitio*[43] (dal latino *ratum-habere*, tener per valido, approvare, aderire) costituisce una manifestazione di consenso con la quale taluno, dichiarando di approvare un atto (negoziale) proprio o altrui, è in grado di recuperare, in via retroattiva, l'efficacia di un atto viziato ed altrimenti improduttivo di effetti. La *ratihabitio* opera *ex tunc* senza pregiudizio, delle posizioni *medio tempore* acquisite da terzi. Secondo parte della dottrina[44] l'istituto non sarebbe applicabile ai negozi formali dello *ius* civile i quali richiederebbero la coesistenza di tutti i requisiti necessari per la loro validità al momento della stipulazione.

Da quanto illustrato, emerge come il principio di conservazione degli atti giuridici, pur noto nella cultura giuridica romana, non avesse una estensione applicativa generale, rinvenendosi esclusivamente solo in ipotesi tassative.

Successivamente il principio di conservazione ha continuato ad assumere rilevanza negli ordinamenti giuridici. La sua codificazione in Ita-

[39] Di lì in avanti, ogni *lex romana* si presumerà, dunque, *lex perfecta* nella accezione di Ulpiano.

[40] BETTI E., voce *Conversione del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IV, Utet, 1959, p. 811.

[41] GANDOLFI G., *Spunti sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 368 e ss.

[42] MARCELLO in *Digesto* 34, 5, 24 (25) e AFRICANO in *Digesto* 30, 109.

[43] BERTOLINI C., *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, voll. I e II, Roma, 1889-91.

[44] COSENTINI C., voce *Ratihabitio*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Utet, 1967, p. 895.

lia risale dapprima al codice Pisanelli del 1865[45] e successivamente al codice civile del 1942[46].

4. **Il principio di conservazione nel diritto privato**

Come noto, il principio di conservazione è un *fil rouge* invisibile che annoda le molteplici branche del diritto, lungo il quale si snoda l'azione giuridica ad ogni livello.

Nel codice civile del 1942 il principio conservativo riceve massima consacrazione nell'ambito dell'attività negoziale in ragione delle esigenze di stabilità e certezza dei traffici giuridici. Del resto la libertà di iniziativa economica dei singoli, valorizzata dalla Costituzione repubblicana del '48 (artt. 2 e 41), costituisce momento propulsivo della autonomia privata dei (art. 1322 c.c.); ne discende, quindi,*"l'esigenza logica di conservare al massimo l'attività negoziale mantenendola in vigore fin dove è possibile*"[47], nei limiti di ragionevolezza degli interessi tutelati nonché delle norme imperative di legge [48].

Nell'ordinamento privatistico il principio di conservazione opera sia come criterio interpretativo[49] sia come istituto applicativo.

Con riguardo al primo profilo punto di riferimento è l'art. 1367 c.c. che in materia negoziale[50] (contratto e testamento[51]) pone un criterio ermeneutico per risolvere le perplessità e i dubbi di una disposizione letteralmente poco intellegibile[52]. In tal senso l'art. 1367 c.c. accorda preferenza all'interpretazione in virtù della quale la manifestazione negoziale sia idonea a produrre un qualche effetto anziché nessuno. Coerentemente l'interprete sarà tenuto, in caso di dubbio, a optare per la soluzione che garantisca un effetto utile realizzando al massimo grado l'intento negoziale dei contraenti. Ovviamente trattasi di un criterio oggettivo e sussidiario che trova applicazione solo in caso di dubbio persistente anche a seguito dell'utilizzo (infruttuoso) dei criteri soggettivi di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.

A far scattare il meccanismo della interpretazione in senso conservativo è, dunque, una situazione di incertezza interpretativa che si materializza allorché la volontà delle parti, espressa nella dichiarazione, risulti ambigua e foriera di due o più significati tra cui l'interprete è chiamato a scegliere. Del resto, in base all'art. 1367 c.c. occorre preferire "*il significato utile della dichiarazione anziché il significato per cui essa non avrebbe effetto*"[53]. Viceversa, ove il negozio sia palesemente invalido o la volontà dei contraenti risulti preordinata al conseguimento di un effetto esorbitante dai limiti dell'autonomia privata, ne discende l'inapplicabilità del principio di conservazione. D'altronde, in assenza di un intento negoziale meritevole di tutela, il giudice non può surrogarsi all'autonomia privata conservando ciò che giuridicamente non esiste.

---

[45] Un codice che si ispirava alla tradizione francese del *Code Napoleon* del 1804 a sua volta riproduttiva dell'opera di POTHIER R.J., *Traitè des obligations*, I, *Paris*, 1761. Più in generale va segnalato come nella cultura giuridica italiana del Novecento il principio di conservazione degli atti giuridici sia stato, sovente, coniugato alle esigenze commerciali di certezza ed effettività dei traffici.

[46] Il codice civile del 1942 ha recepito la disciplina delle società e dei rapporti commerciali in genere in precedenza regolati dal codice di commercio del 1882. Ciò spiega la natura di *lex mercatoria* del codice, improntata alla valorizzazione degli scambi in un'ottica di tipo patrimoniale.

[47] STELLA RICHTER G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 411.

[48] GRASSETTI C., *L'interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, in *Noviss. Dig. it.*, *op. cit.*.

[49] Sulla natura interpretativa del principio di conservazione, recentemente, PETRILLO F., *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011.

[50] In giurisprudenza, *Tribunale di Taranto*, sez. II, 17 ottobre 2014. *Tar Molise*, sez. I, 17 aprile 2014, n. 265. *Cass. civ.*, sez. II, 20 novembre 2014, n. 24707, in *www.iusexplorer.it*.

[51] DE CUPIS A., *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in *Dir.e giur.*,1947, p. 93.

[52] STELLA RICHTER G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 411.

[53] STELLA RICHTER G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, *op. cit.*. SANGERMANO F., *L'interpretazione del contratto: profili dottrinali e giurisprudenziali*, Giuffrè, 2007.

Secondo autorevole dottrina il principio di conservazione viene a modularsi in tre forme distinte[54]:
1) conservazione dell'atto;
2) conservazione degli effetti;
3) conservazione dei valori giuridici[55].
Si inquadra nell'alveo della prima categoria, quale operazione di mantenimento in vita dell'atto viziato, l'istituto della conversione sostanziale; ai sensi dell'art.1424 c.c. "*il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità*". Dalla disposizione si evincono i due elementi di operatività dell'istituto:
a) uno di tipo oggettivo che si identifica nella presenza dei requisiti di forma e di sostanza richiesti per la validità di altro negozio;
b) uno di tipo soggettivo che si incentra sulla volontà dei contraenti.
In ordine al secondo elemento il giudice è investito del compito di accertare la volontà ipotetica delle parti, cioè se le medesime, conoscendo il vizio inficiante l'atto, avrebbero comunque acconsentito alla conversione in altro negozio.
Va puntualizzato, tuttavia, come la conversione del negozio nullo sia ammissibile esclusivamente in caso di divergenza tra le parti allorché una di esse, rivolgendosi al giudice, auspichi la conservazione del contratto mentre l'altra ne chieda l'inefficacia. E' proprio in ragione di tale contrasto che il giudice deve acclarare se sussistano i parametri di ammissibilità della conversione quale espressione del più generale canone di conservazione dei mezzi giuridici, ricostruendo in via ipotetica l'originaria (ed eventuale) volontà dei contraenti ossia lo scopo pratico perseguito attraverso il negozio nullo. Diversamente, ove le volontà delle parti fossero concordi, difficilmente troverebbe applicazione la previsione di cui all'art. 1424 c.c. in quanto sarebbe più conveniente per i contraenti concludere un nuovo negozio conforme ai loro nuovi intenti.
Dall'ipotesi di conversione sostanziale disciplinata dall'art. 1424 c.c. vanno tenuti distinti i casi definiti, sia pure in senso atecnico, di conversione formale; a rigore in siffatta evenienza non si assisterebbe non già ad un fenomeno di conversione dell'atto, bensì ad una diversa qualificazione del medesimo operata direttamente dalla legge; una qualificazione che come tale prescinde dall'accertamento giudiziale della volontà delle parti. Per tali ragioni il testamento segreto, privo di alcuni requisiti, vale come olografo se di questo ricorrono i presupposti (art. 607 c.c.), mentre l'atto pubblico viziato può valere come scrittura privata (art. 2701 c.c.). Come sostenuto in dottrina[56] in queste ipotesi non vi sarebbe né conversione né conservazione ma solo applicazione di quel criterio ermeneutico (art. 1362 c.c.) che consente una interpretazione dell'atto sganciata dal *nomen iuris* fornitogli dalle parti.
Il principio di conservazione, per la generalità e trasversalità che lo connotano, ridonda in una pluralità di istituti applicativi tra cui la conferma della disposizione testamentaria e della donazione nulle. Infatti l'attenzione di numerosi studiosi[57] si è appuntata sull'esame degli gli artt. 590 e 799 c.c. nel tentativo di illustrarne l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazio-

[54] SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.*. CATRICALÀ A., *L'esame di diritto civile, op. cit.*.

[55] Un principio a carattere generale e trasversale riconosciuto anche dalla giurisprudenza amministrativa. *Ex plurimis, Tar lazio Roma,* sez. II, 12 novembre 2014, n. 11340. *Tar lazio Roma,* sez. II, 12 novembre 2014, n. 11338, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[56] CATRICALÀ A., *L'esame di diritto civile, op. cit.*.

[57] Tra i molti autori, CAPRIOLI R., *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, *spec.* pp. 66 e 83 e ss.

ne. In special modo la giurisprudenza[58], ha riconosciuto nella conferma portata generalizzante al principio di conservazione degli atti giuridici: le norme di cui agli artt. 590 e 799 c.c., invero, postulerebbero la rinuncia al diritto di impugnazione del negozio invalido, costituendo un'eccezione al generale principio generale di cui all'art. 1423 c.c.[59].

Sempre in ambito privatistico il principio di conservazione degli atti giuridici trova, altresì, applicazione nell'istituto della risoluzione per impossibilità sopravvenuta nei casi di impossibilità parziale in cui la legge riconosce all'altro contraente la facoltà di domandare una corrispondente riduzione della propria prestazione o nell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta; in quest'ultima fattispecie la controparte può, ai sensi dell'art. 1467 c.c., evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto; regola quest'ultima estensibile anche alla fattispecie di rescissione del negozio giuridico.

Il minimo comun denominatore delle previsioni sopra citate risiede nella *intentio legis* di mantenere in vita il rapporto, riequilibrando il sinallagma del contratto.

Il principio di conservazione degli atti giuridici tende a manifestarsi a macchia di leopardo in ulteriori fattispecie del codice civile quali la nullità parziale, l'inserzione automatica di clausole, la *reductio ad aequitatem*, la rettifica.

Con riferimento all'istituto della nullità parziale, l'art. 1419 I co. c.c. prevede che la nullità di una parte del contratto o di singole sue clausole determini l'invalidità dell'intero contratto solo ove il giudice accerti l'essenzialità della clausola o della parte negoziale ai fini del complessivo regolamento di interessi[60]. In altri termini il giudice è chiamato a verificare, in via ipotetica, la l'originaria volontà delle parti e, cioè, se la clausola affetta da nullità era considerata dalle stesse così importante da far perdere, in caso di sua caducazione, qualsiasi utilità all'intero negozio. Il giudizio sull'essenzialità della clausola si riflette, del resto, sulla estensibilità della nullità all'intero contratto. Qualora, invece, si appuri la marginalità della clausola nella complessiva vicenda negoziale l'invalidità sarà circoscritta esclusivamente alla parte coinvolta, preservando la residua parte del contratto.

La giurisprudenza[61] ha chiarito che l'estensione della nullità di singole clausole all'intero contratto ha natura eccezionale (come pure risulta dall'inciso "*se*" utilizzato dall'art. 1419 I co. c.c.) in quanto deroga al principio generale di conservazione degli atti giuridici, conseguentemente afferma che la relativa declaratoria del giudice è ammissibile solo su richiesta della parte che ne abbia interesse in quanto senza tale clausola non avrebbe stipulato il contratto.

Come osservato da una parte della dottrina[62] "*l'officiosità della conservazione supera l'officiosità della nullità*". Pertanto, la relativa questione non sarebbe rilevabile d'ufficio dal giudice, e qualora non sia sollevata dalla parte interessata in appello, non la si potrà proporre *ex novo* in Cassazione.

Il principio di conservazione riceve, poi, una applicazione rinforzata nel Codice di Consumo del 2005 ove, in una prospettiva di difesa del contraente debole, il legislatore sottrae la nullità della clausola allo statuto dell'art. 1419 II co.

[58] In proposito già *Cass. Civ.*, 5 maggio 1965 n. 807, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 602. Recentemente *Tar Molise*, sez. I, 17 aprile 2014, n. 265 *cit.*. *Cass. civ.*, sez. II, 20 novembre 2014, n. 24707, *cit.*.

[59] Infatti la *ratio* della conferma delle disposizioni testamentarie e donative affette da nullità viene generalmente ravvisata nella esigenza di salvaguardare la volontà rispettivamente del *de cuius* e del donante in ragione del particolare *favor* riconosciuto dall'ordinamento alle manifestazioni negoziali di tali soggetti.

[60] In argomento, tra i tanti, D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, 2008.

[61] *Ex multis, Cass. Civ., sez. III*, 27 gennaio 2003, n. 1189, in *www.cortedicassazione.it*

[62] CATRICALÀ A., *L'esame di diritto civile*, *op. cit.*.

c.c., vietando al giudice di dichiarare la nullità dell'intero contratto nonostante l'accertamento della essenzialità della clausola[63]. L'art. 1419 II co. c.c. contempla, inoltre, la figura delle clausole inserite *ex lege* nel tessuto negoziale in sostituzione, in aggiunta o in riduzione di clausole convenzionali nulle. L'istituto rinviene il suo fondamento nel canone generale di conservazione quale strumento di tutela dell'autonomia privata. In questo caso è differente il ruolo del giudice cui non è richiesto un giudizio ipotetico volto ad accertare l'essenzialità della clausola, poiché l'inserzione delle norme imperative nel contratto avviene in modo automatico (*ope legis*). "*L'interprete legge quindi il contratto come già emendato direttamente dalle disposizioni imperative*"[64].

Di particolare interesse risultano le fattispecie applicative in cui il principio di conservazione operi nel senso di assicurare la sola permanenza del vincolo giuridico (c.d. conservazione dei valori). Si pensi alle disposizioni del codice civile di cui agli artt. 2126 sul contratto di lavoro, 2332 c.c. in tema di società e 128 con riferimento al matrimonio putativo. In tali fattispecie il negozio è colpito da nullità e alla stregua del brocardo *quod nullum est nullum producit effectum* dovrebbe essere inidoneo a produrre effetti giuridici. Ma, in ragione dell'importanza degli interessi coinvolti, il legislatore ha deciso di "*tutelare alcune situazioni giuridiche oggettive delle parti o dei terzi attraverso la conservazione del vincolo obbligatorio*"[65]. In tale prospettiva, si prevede, per esempio, che la nullità del contratto di lavoro[66] non comporti il venir meno delle obbligazioni contributive e previdenziali del datore di lavoro nei confronti del lavoratore subordinato di fatto. Nel diritto commerciale, poi, ai sensi dell'art. 2332 c.c. la nullità della società non pregiudica le obbligazioni di contribuzione dei soci e la responsabilità della società per le obbligazioni assunte prima della dichiarazione di nullità. Con riferimento, da ultimo, al matrimonio putativo, l'art. 128 c.c. riconosce l'efficacia degli obblighi discendenti dal matrimonio nullo nei confronti dei figli nati, concepiti o riconosciuti prima della sentenza dichiarativa dell'invalidità[67].

[63] Il Codice del Consumo ha introdotto l'istituto della nullità di protezione, figura ibrida che contiene in sé elementi sia della annullabilità sia della nullità. Il legislatore concepisce, di regola, le nullità di protezione come nullità parziali la cui ratio va ricercata nell'intento di tutelare il consumatore anche da se stesso facendogli conseguire sempre un vantaggio negoziale. La caducazione di una clausola abusiva non deve comportare l'eliminazione dell'intero contratto poiché il consumatore verrebbe a perdere le prestazioni in esso contemplate a causa degli obblighi restitutori nascenti dalla declaratoria di nullità. Invece la rimozione della sola clausola squilibrante, riportando il contratto nei binari della sinallagmaticità e della giustizia sostanziale, rappresenta un'efficace forma di tutela per il consumatore il quale potrà, così, beneficiare delle prestazioni negoziali ora pienamente corrispettive. L'idea di un *corpus* normativo funzionale alla protezione del contraente debole nasce in ambito comunitario dove, con l'introduzione del concetto di ordine pubblico di protezione, si è voluta sanzionare la violazione delle norme di esso espressive con una nullità unilaterale e dagli effetti *sui generis*. L'interesse pubblico generale, che di regola costituisce la ragione giustificatrice della nullità, viene in questo caso a coincidere con l'interesse della parte debole.

[64] CATRICALÀ A., *L'esame di diritto civile*, *op. cit.*.

[65] CATRICALÀ A., *L'esame di diritto civile, op. cit.*.

[66] ANDREOLI M., *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, pp. 39 ss..

[67] Infine, quale ipotesi applicativa del principio di conservazione degli atti giuridici merita di essere citata la disposizione di cui all'art. 25 della legge 203/1982 in tema di contratti agrari che prevede la possibilità di conversione, su istanza di parte, del contratto di mezzadria o di colonia parziaria nullo in un contratto di affitto. In proposito POLITANO I. W., *Il principio di conservazione del contratto e la conservazione dei valori giuridici degli atti nulli,* in *L'amministrazione italiana*, 1997, *fasc. VI* , p. 943.

5. Il principio di conservazione nel diritto amministrativo

Il principio di conservazione degli atti e giuridici, quale principio trasversale dell'ordinamento, trova applicazione anche nel campo del diritto pubblico ed in special modo nel campo del diritto amministrativo[68].

Occorre, poi, domandarsi se tale principio assuma le medesime caratteristiche e operi con la stessa ampiezza applicativa tanto in ambito privatistico quanto in ambito pubblicistico.

Il principio di conservazione rinviene anche nel diritto amministrativo la sua ragion d'essere nel principio di economia dei mezzi giuridici[69] nonché nell'esigenza di preservare gli effetti di taluni atti viziati. In particolar modo il bisogno di conservazione trova larga applicazione nell'esercizio funzione amministrativa, sia essa di attiva, consultiva o di controllo. Non potendo esaminare tutte le applicazioni del canone conservativo, il presente studio intende soffermarsi solo su alcune di esse, afferenti la funzione amministrativa c.d. attiva (di primo e secondo grado).

Va sin d'ora evidenziato come la forma procedimentale di esercizio del potere[70], nonché la natura degli interessi perseguiti, tendano a differenziare l'attività della P.A. dalla attività dei privati[71], riverberandosi coerentemente sulle modalità applicative del principio di conservazione.

In ambito negoziale il principio di conservazione si modella sulla volontà delle parti, potendo disporre queste ultime, nell'esercizio l'autonomia privata, sia dello strumento negoziale sia dei suoi effetti. Del resto, è il regolamento di interessi, attuato dai contraenti sia pure con forme o strumenti non conformi al modello legale, ad assumere centralità nell'indagine dell'interprete il quale proprio a salvaguardia di tale regolamento di interessi darà applicazione al principio conservativo

Diverso è l'assetto di riferimento in ambito pubblicistico, ove la volontà della P.A. assume rilievo nella misura in cui rispecchi la funzione che la legge teleologicamente impone alla attività amministrativa. In questa prospettiva, dunque, il principio di conservazione degli atti giuridici viene ad acquisire un ambito applicativo più angusto rispetto al diritto privato, dato che esso risulta circoscritto ad un numero inferiore di fattispecie; e segnatamente ad atti che, nonostante la difformità dal paradigma normativo, raggiungano comunque il fine pubblicistico assegnato alla P.A.; oppure alle ipotesi espressamente contemplate dalla legge; infine nei casi in cui il canone conservativo si giustifichi in base ad esigenze di tutela di altri principi giuridicamente rilevanti.

Ciò detto, il canone conservativo si qualifica *in primis* anche in ambito pubblicistico come canone interpretativo degli atti amministrativi. In tal senso trovano applicazione le regole civilistiche in sulla ermeneutica degli atti negoziali

[68] A titolo esemplificativo in giurisprudenza *Tar Basilicata, Potenza,* sez. I, 8 novembre 2012, n. 479. *Tar Campania, Napoli,* sez. I, 12 novembre 2014, n. 5844, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[69] In giurisprudenza, da ultimo, *Tar Puglia, Lecce,* sez. I, 24 luglio 2013, n. 1745, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[70] SANDULLI. A.M., *Il procedimento amministrativo,* Milano, 1940. BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118. CARDI E., *Procedimento amministrativo,* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XXIV, Roma, 1991.

[71] Nel modello negoziale i contraenti operano in vista della realizzazione di interessi individuali ed egoistici sia pure nei limiti di liceità e meritevolezza fissati dal principio di legalità che circoscrive *ab externo* i confini entro i quali l'autonomia privata può, salvo eccezioni, esplicarsi liberamente. Nell'area del diritto amministrativo, invece, la P.A., anche ove ricorra a strumenti negoziali, non persegue mai interessi propri ma la sua attività, di regola procedimentale, è teleologicamente orientata alla cura di finalità eteronome stabilite norma di legge attributiva del potere.

(artt. 1362 e ss. e spec. art. 1367 c.c.[72]) nei limiti di compatibilità con i requisiti di unilateralità e autoritatività che connotano i provvedimenti amministrativi[73].

Il principio di conservazione si consacra oggi, per esempio nelle ipotesi di conversione dell'atto amministrativo e convalida[74] nell'ambito della tradizionale funzione di riesame assegnata alla P.A[75]. Infine come si illustrerà nel prosieguo il principio di conservazione riceve applicazione con riferimento agli atti favorevoli del funzionario di fatto nonché nell'istituto delle illegittimità non invalidanti.

5.1. La funzione di riesame della P.A. con particolare riferimento alla conversione dell'atto amministrativo

L'esigenza di salvaguardare la validità e l'efficacia degli atti compiuti si manifesta con particolare intensità nella funzione di riesame della P.A. Quale funzione di amministrazione attiva, sia pure di II grado, la funzione di riesame si esplica nel potere di revisione degli atti adottati sotto il profilo della legittimità o dell'opportunità al fine di assicurarne la costante rispondenza al pubblico interesse perseguito.

È possibile in tal senso distinguere i procedimenti ad esito conservativo (convalida[76], sanatoria[77], conversione, conferma) dai procedimen-

[72] *Ex multis, Tar Abruzzo l'Aquila,* sez. I, 24 novembre 2014, n. 831, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[73] GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939. LASCHENA R., voce *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur*, vol. XVII, Roma, 1989.

[74] La convalida è un istituto "*si inquadra nel fenomeno della convalescenza dell'atto amministrativo nei confronti di un provvedimento che non sia nullo, ma soltanto annullabile; la pubblica amministrazione anziché procedere al ritiro del provvedimento stesso mediante l'annullamento, può con una propria determinazione volitiva, mantenerlo in vita eliminando i vizi che lo inficiano*". Ai fini della operatività della convalida, quale istituto conservativo, occorre la sussistenza di alcuni elementi tra cui l'esistenza di un provvedimento illegittimo annullabile, una manifestazione di volontà della P.A. in funzione della rimozione del vizio e, da ultimo, la possibilità di emendare l'illegittimità riscontrata. Inoltre il principio di conservazione incontra un limite nella tipologia di vizio in rilievo. Del resto, se a fronte di una violazione di legge l'esigenza di conservazione tende a prevalere sull'esigenza di ripristino della legalità, diversamente accade nelle ipotesi di eccesso di potere, ove la pervasività di tale vizio afferente la funzione nella sua globalità ne impedisce la rimozione, precludendo così la convalida dell'atto illegittimo da parte della P.A..

[75] Sulla tradizionale funzione di riesame esercitata dalla P.A. nell'ordinamento italiano, senza pretese di completezza, BENVENUTI F., voce *Autotutela* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 539 e in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 995. SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*. CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti,* Napoli, 1991. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, *op. cit.*. BARONE G. *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, p. 209. CORSO G., voce *Autotutela,* in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006. CORAGGIO G., voce *Autotutela*, I, *Dir. amm.*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988. GHETTI G., voce *Autotutela della pubblica amministrazione,* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987. LIBERATI A., *L'autotutela amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2006. LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, Padova, 2004. RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2006. PAZZAGLIA N., *L'autotutela decisoria,* in *La disciplina dell'autotutela*, a cura di P. Gianniti, Cedam, 2010.

[76] Sull'istituto della convalida nel diritto amministrativo, *ex plurimis*, RAVÀ P., *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937. SANTANIELLO G., voce *Convalida (dir. Amm.),* in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 503. GHETTI G., voce *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1987, p. 348. MAZZAROLLI L., voce *Convalida (dell'atto amministrativo),* in *Enc. giur Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, p. 1. MICHETTI E., *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Giuffrè, Milano, 2011. In giurisprudenza, *ex multis*, *Tar Campania Salerno*, sez. II, 13 luglio 2009, n. 3998, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[77] SANTANIELLO G., voce *Sanatoria (dir. amm.),* in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, pp. 243-244. Ad avviso dell'Autore la sanatoria troverebbe applicazione "*nel caso di invalidità per difetto di uno degli atti preparatori del procedimento per l'emanazione del provvedimento, ritenendosi che il vizio possa essere sanato mediante l'intervento tardivo dell'atto preparatorio che mancava, o quanto meno di un atto avente diversa natura giuridica, ma esplicante una analoga azione giuridica e pertanto avente l'effetto di assicurare che della non osservanza dell'ordine*

ti ad esito demolitivo (annullamento d'ufficio e revoca). Con riferimento ai primi il principio di conservazione degli atti giuridici opera con la massima efficacia, inverandosi appunto in una pluralità di istituti, teleologicamente orientati alla salvezza dell'atto invalido.

Tra i procedimenti ad esito conservativo, peculiare rilievo assume l'istituto della conversione. Il quesito di fondo cui è necessario fornire risposta è se il modello di conversione degli atti giuridici, disciplinato dall'art. 1424 c.c., sia esportabile nel campo del diritto amministrativo e, se sì con quali differenze.

Mentre nel diritto privato la conversione è un'operazione interpretativa costruita sulla volontà delle parti e sui principi di tutela della buona fede e del legittimo affidamento dei contraenti[78], nel diritto amministrativo essa rinviene il proprio fondamento nella volontà unilaterale della P.A. e nella funzione di tutela dell'interesse pubblico. Ad essa fanno da corollario i principi di buon andamento[79] e di economia dei mezzi giuridici secondo cui le energie della amministrazione non devono essere disperse, là dove possano, senza pregiudizio, essere risparmiate[80].

La conversione è, appunto, un procedimento attraverso il quale la P.A. mantiene in vita un proprio atto invalido, attraverso una modifica della fattispecie legale in un'altra fattispecie minore[81], allo scopo di assicurare il prodursi di taluni effetti dell'atto originario[82].

A i fini della operatività del meccanismo della conversione occorre un atto nullo o annullabile della P.A.; la fungibilità tra funzioni di interesse pubblico tipiche di provvedimenti diversi; i medesimi requisiti di forma e sostanza dell'atto sostitutivo; la rispondenza del nuovo atto ad un interesse pubblico[83]. Va poi puntualizzato come

procedurale stabilito dalla legge non siano derivate nei riguardi del provvedimento in questione delle conseguenze pregiudizievoli". D'ORSOGNA M., voce *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5406-5411.

[78] GANDOLFI G., *Spunti sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, op. cit.*.

[79] La conversione dell'atto amministrativo si mostra in sintonia con i principi della l. 241/90 che assurgono a canoni imprescindibili dell'*agere* procedimentalizzato nel perseguimento degli interessi della collettività. Vero è che l'azione amministrativa è soggetta ad un rigido principio di legalità che impone un obbligo di corrispondenza tra atti concretamente adottati e paradigma normativo, ma risulta del pari ineludibile il profilo sostanziale del raggiungimento in concreto del fine pubblico, sul cui altare deve essere sacrificato ogni rigido formalismo. Infatti l'interprete ora con un'attività interpretativa ora con l'utilizzo di appositi istituti applicativi deve prodigarsi per salvare l'attività e gli effetti giuridici in presenza di difformità attizie inidonee ad incidere sullo scopo della norma o sul soddisfacimento della pretesa pubblicistica.

[80] SANDULLI A.M, *Il procedimento amministrativo, op. cit.*. SANTANIELLO G., *voce Sanatoria (dir. amm.),* in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, pp. 243-244.

[81] VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, Milano, 2001. Infatti, gli effetti dell'atto sostitutivo sono più limitati rispetto a quelli dell'atto sostituendo, evidenziando così la diversità tra gli effetti (maggiori) dell'atto originario e quelli (minori) dell'atto convertito. Trattasi, del resto, della ben nota tesi della riduzione quantitativa degli effetti mutuata dalla dottrina civilistica.

[82] BODDA P., *La conversione degli atti amministrativi illegittimi, op. cit.*, secondo cui ove l'atto per una qualsivoglia illegittimità non sia idoneo a conseguire il suo scopo, ma ciononostante contenga tutti gli elementi di un altro atto, è possibile sostituire all'originario atto invalido un nuovo provvedimento valido ed efficace. Il sistema, infatti, è orientato a salvaguardare "*ciò che si trova di giuridicamente sostenibile nella manifestazione compiuta dall'agente*", in ossequio al generale principio di conservazione dei valori giuridici che innerva ogni ramo dell'ordinamento giuridico.

[83] Ad esempio che l'atto viziato sia conservato in vita per soddisfare un altro interesse che la P.A. è comunque tenuta a perseguire. *Contra* GUICCIARDI E., *Recensione a P. Bodda, La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, vol. I, p. 363 secondo il quale gli atti annullabili non sarebbe passibili di conversione in quanto mancherebbe in essi il requisito della inidoneità a produrre effetti (stante la loro piena efficacia fino alla sentenza), quale elemento indefettibile ai fini della operatività della conversione. Contrari alla applicabilità dell'istituto della conversione al diritto amministrativo anche FORTI U., *Lezioni di diritto amministrativo, Parte generale*, II, Napoli, 1950. GHERGHI V., *Inammissibilità della conversione del provvedimento amministrativo*, in *Nuova Ras-*

la conversione non possa essere realizzata in sede giurisdizionale perché, ove ciò avvenisse, si assisterebbe ad un'indebita sostituzione del giudice nelle valutazioni discrezionali riservate alla P.A.. Ciò evidenzia un decisivo elemento differenziale rispetto all'omologo istituto civilistico ove, viceversa, è il giudice che, nel valutare l'iniziale volontà dei contraenti, procede alla conversione del negozio nullo.

Come detto l'istituto della conversione in diritto amministrativo può concernere atti nulli o atti annullabili.

Con riferimento ai procedimenti ad esito demolitivo, il principio di conservazione si configura più come canone interpretativo, fungendo da argine, insieme ad altri elementi, alla rimozione dell'atto amministrativo illegittimo o inopportuno. In special modo per quanto concerne l'annullamento d'ufficio[84], il principio di conservazione convergendo sul principio di tutela dell'affidamento dei destinatari alla stabilità del provvedimento, tende a limitare l'esercizio del potere caducatorio della P.A.[85]; un potere tradizionalmente considerato di natura discrezionale.

5.1.1. L'obbligo di rimozione del provvedimento amministrativo comunitariamente illegittimo

Il principio di conservazione, quale principio dalla generale trasversalità applicativa, permea di sé qualsivoglia ordinamento, ivi incluso l'ordinamento europeo. Si noti come a fronte dell'adozione di provvedimenti amministrativi, specie se favorevoli, da parte di una pubblica autorità emerga una esigenza di tutela dell'affidamento dei destinatari alla stabilità degli atti adottati. Nel quadro così tratteggiato ben si spiega la rilevanza del principio di conservazione degli atti giuridici anche in ambito sovranazionale.

In particolare si intende misurare il grado di tutela del principio di conservazione nell'esercizio del potere di riesame da parte della P.A. avverso un atto amministrativo comunitariamente illegittimo. In altri termini si vuole evidenziare come la configurabilità in senso vincolato del potere di riesame obblighi la P.A. a rimuovere ogni atto in conflitto con l'ordinamento sovranazionale azzerando l'affidamento dei destinatari alla stabilità del medesimo e con a sacrificare il principio di conservazione degli atti giuridici.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea valorizzando il primato delle norme europee sulle norme e a *fortiori* sugli atti amministrativi nazionali ha in più occasioni statuito l'obbligo per le PP.AA. domestiche di rimuovere in sede di autotutela provvedimenti in contrasto con *l'acquis communautaire*. La tesi che configura il potere di riesame amministrativo ad esito vincolato trova conferma in un orientamento del Consiglio di Stato secondo cui l'accertamento dell'illegittimità degli atti amministrativi per contrasto con il diritto comunitario sarebbe da solo sufficiente "*a radicare un concreto e attuale*

---

segna, 1992, p. 267, il quale fonda l'inammissibilità della conversione sull'idea che tale istituto lederebbe il principio di tipicità degli atti amministrativi attraverso "*travasi*" di contenuto ed effetti inconciliabili con il rigido formalismo che ispira il sistema pubblicistico.

[84] L'art. 21-*nonies* della l. 241/90 prescrive che l'annullamento d'ufficio può essere disposto "*sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*".

[85] MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico-dagli anni trenta all'alternanza-*, Giuffrè, Milano, 2001. L'Autore in proposito osserva che "*l'ordinamento giuridico nelle sue varie branche non appare dominato da principi persecutori nei confronti degli atti invalidi ma dal principio di conservazione e di tutela degli interessi consolidati anche se generati da atti invalidi*". La buona fede, infatti, impone alla P.A. di rispettare le situazioni di vantaggio cristallizzatesi nella sfera giuridica dei privati attraverso atti invalidi adottati dalla stessa amministrazione e non tempestivamente annullati. Vedasi in argomento anche LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, Padova, 2004.

interesse pubblico e ad escludere una preminente valutazione dell'interesse del privato alla conservazione dell'atto"[86]. In tal modo i principi di affidamento e di conservazione risulterebbero sempre recessivi rispetto alle esigenze di ripristino della legalità europea violata[87].

Tale tesi è avversata da altro orientamento della giurisprudenza amministrativa[88] che qualifica in senso discrezionale (in special modo quanto ad esiti) l'esercizio della funzione di riesame; ne discende come corollario la possibilità di salvezza del provvedimento illegittimo nell'osservanza dei principi di tutela dell'affidamento e di conservazione.

Una soluzione di compromesso tra i due orientamenti sopra descritti sulla funzione di riesame può rinvenirsi nella tesi mediana della c.d. autotutela obbligatoria; secondo tale tesi anche in presenza di un atto amministrativo antico-munitario, il potere di riesame da parte della P.A. andrebbe considerato doveroso nell'*an* (quanto ad attivazione), ma discrezionale negli esiti, dovendo la P.A. valutare discrezionalmente tutti gli elementi rilevanti nella fattispecie, tra cui gli interessi pubblici e privati in conflitto[89]. In tal modo l'esito caducatorio del provvedimento non sarebbe più automatico.

5.2. Gli atti amministrativi compiuti dal funzionario di fatto

La figura del funzionario di fatto[90] è una delle più antiche e complesse figure del diritto pubblico, sia per l'esteso ambito applicativo sia per i numerosi principi che essa intercetta, tra cui il principio di conservazione degli atti giuridici.

L'esigenza di preservare gli effetti dell'attività giuridica compiuta è avvertita con maggiore intensità nei casi in cui i cittadini si relazionino a determinati soggetti, apparentemente legittimati, nell'erronea convinzione che essi operino

---

[86] *Cons. Stato*, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, in *www.giustamm.it.* Del medesimo avviso già *Cons. Stato,* sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, in *Cons. Stato* 1996, I, 43, *in cui si precisa che "di fronte alla necessità di adempiere agli obblighi comunitari può recedere ogni altro interesse pubblico o privato"*. In dottrina, sulla doverosità del potere di riesame di un atto amministrativo comunitariamente illegittimo, BARONE A., *Nota a Cons. Stato,* sez. I, parere 9 aprile 1997, n. 372 del 1997, in *Foro it.*, 1999, III, 334. PIGNATELLI N., *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. SINISI M., *La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con i regolamenti comunitari*, *op. cit.*.

[87] Ne potrebbe discenderebbe altresì l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare parte della disposizione di cui all'art. 21-*nonies* della l. 241/90 per contrasto con i principi affermati dalla Corte di giustizia, tra cui il primato delle norme sovranazionali sulle norme e sugli atti interni. Del resto, l'obbligo di rimozione dell'atto amministrativo anticomunitario, nell'osservanza di una forma di legalità di livello superiore, costringerebbe l'interprete a non osservare le disposizioni procedurali dettate dell'art. 21-*nonies* che configurando in senso discrezionale il potere di annullamento d'ufficio prescrivono alla P.A. di considerare, l'attualità dell'interesse pubblico, il tempo trascorso e gli interessi di tutti i soggetti convolti ai fini della caducazione del provvedimento.

[88] *Cons. Stato*, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *www.giustamm.it.*

[89] D'ANCONA S., *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, *op. cit.*. L'Autore distingue tra l'obbligo di "*presa in considerazione*", connesso ad una richiesta del privato di riesame del provvedimento, dall'obbligo di "*provvedere*" nel senso dell'annullamento officioso.

[90] Sull'esercizio di fatto di pubbliche funzioni la bibliografia è sterminata. Senza pretese di completezza si rinvia ai contributi di AGOSTINELLI A., *Il funzionario di fatto*, vol. I, Campobasso, 1921. VITTA C., *Il funzionario di fatto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1923, I, 473. LUCIFREDI R., *Note per una analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione,* in *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano, 1965, p. 120. DE PALMA M., *Sulla teoria del funzionario di fatto, Nota a Cons. Stato*, sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in *Urb. e app.*, IV, 2000, p. 429. CAVALLO B., *Il funzionario di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005. LIUZZO A., *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in *www.giustamm.it*, 2009. GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, V, ed., Cedam, 2011. In giurisprudenza *ex plurimis Corte dei Conti Regione Sicilia, sez. giur.*, 13 febbraio 2001, n. 9, in *www.corteconti.it.*

al servizio della P.A.[91]. Ne discende la *vexata quaestio* in ordine alla sorte degli atti compiuti dal funzionario di fatto, specie se favorevoli ai rispettivi destinatari[92].

La tematica del funzionario di fatto rappresenta il punto di convergenza di una pluralità di principi tra loro in conflitto: da un lato, il principio di legalità formale che mira a sanzionare tutelare con l'invalidità o l'inefficacia l'atto compiuto in difformità dalla legge; dall'altro il principio che, a determinate condizioni, tutela l'apparenza giuridica e il ragionevole affidamento attraverso la conservazione dell'atto (illegittimo) posto in essere.

Le fattispecie in cui si parla di funzionario di fatto sono:

1) atto di nomina viziato per illegittimità;

2) atto di nomina insussistente ed inserimento in via di fatto del soggetto nell'apparato con la tolleranza della P.A.;

3) usurpazione di pubblico ufficio[93];

4) *prorogatio.*

La figura del funzionario di fatto ricorre maggiormente nella fattispecie in cui il preposto sia investito dell'ufficio sulla base di un atto giuridico invalido per illegittimità sopravvenuta. Meno frequenti le ipotesi di carenza d qualsivoglia atto d'investitura sicché il rapporto organico viene a costituirsi in via di mero fatto[94], in assenza di un contestuale rapporto di servizio.

Di grande rilievo applicativo è la sorte degli atti del funzionario di fatto specie quelli favorevoli al destinatario. L'esigenza di ripristino della legalità realizzabile attraverso una declaratoria di invalidità dell'atto penalizzerebbe oltremodo l'affidamento dei destinatari che, in presenza di una situazione di apparenza, abbiano senza colpa riposto fiducia nella stabilità di un atto e nella sua riferibilità ad una P.A.[95].

Prevalente appare in dottrina e in giurisprudenza[96] la tesi conservativa che riconosce validità ed efficacia agli atti compiuti dal funzionario di fatto, imputando all'ente-amministrazione gli atti favorevoli per il destinatario[97], così equi-

[91] Per funzionario di fatto si intende il soggetto, privo di legittimazione, che compia, in nome della amministrazione, uno o più atti con i terzi ingenerando nei destinatari un legittimo affidamento in ordine alla riferibilità di quella attività al soggetto pubblico. Come sostenuto da DE PALMA M., *Sulla teoria del funzionario di fatto, op. cit., Il difetto di legittimazione "può essere originario, per mancanza, nullità o inefficacia dell'atto di investitura ovvero sopravvenuto, nel caso in cui l'investitura illegittima sia stata annullata in sede giurisdizionale o amministrativa".*

[92] *Cons. Stato,* 20 maggio 1999 n. 853, in *www.giustamm.it: "Il fondamento del principio del funzionario di fatto risiede nell'esigenza di tutelare la buona fede del terzo, per cui tale principio può essere invocato a vantaggio, ma non a danno del terzo".* Infatti solo per gli atti favorevoli del funzionario di fatto opera il principio di conservazione mentre per quelli sfavorevoli non può che parlarsi di invalidità, *sub specie* di nullità dell'atto.

[93] A ben vedere però la figura dell'usurpatore di pubbliche funzioni esula dalla tematica del funzionario di fatto poiché nell'usurpatore del potere manca l'essenzialità e l'indifferibilità della funzione svolta, propria del funzionario di fatto. Non può, infatti, ritenersi esistente, alcun rapporto di immedesimazione organica, né come fatto, né come atto avente rilevanza giuridica. Inoltre, l'usurpatore generalmente non agisce nell'interesse della amministrazione, bensì opera per fini propri, generalmente in contrasto con le finalità istituzionali dell'amministrazione.

[94] Nell'ambito del diritto amministrativo particolarmente ardua risulta *l'actio finium regundorum* circa l'ambito applicativo dell'istituto del funzionario di fatto: "*Esso, infatti, è stato dilatato o ristretto in relazione alla divaricazione che può sussistere tra il rapporto di servizio e il rapporto organico*" (GALLI R., *Corso di diritto amministrativo, op. cit.*.).

[95] LIUZZO A., *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati, op. cit.*. *Tar Friuli Venezia Giulia,* 20 marzo 1991 n. 79, in *Foro amm.,* 1991.

[96] *Cons. Stato,* sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in *www.giustizia-amministrativa.it. Cons. Stato,* sez. V, 15 febbraio 1962, n. 1160, in *Foro amm.,* 1962.

[97] *Cons. Giust. Reg. Sic.,* 24 marzo 1960, n. 170, in *Foro amm.,*1960. *Cons. Stato,* 13 aprile 1949, n. 145, in *Foro amm.,*1949. *Cons. Stato,* sez. V, 15 dicembre 1962, n. 1160, in *Foro amm.,* 1962. *Cons. Stato,* sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo questo orientamento gli effetti presi in considerazione dalla teoria in esame sono quelli ampliativi della sfera privata, tant'è che il principio del funzionario di fatto può essere invocato a vantaggio, ma non a danno, del terzo che abbia incon-

parando, attraverso una *fictio iuris*, la situazione di apparenza alla corrispondente situazione reale[98]. Ciò al precipuo fine di scongiurare ai privati difficoltose indagini sul regolare inquadramento dei pubblici dipendenti nella P.A. [99]. Del resto, è oggi pacifica la validità degli atti adottati dal funzionario di fatto, per carenza[100] o illegittimità sopravvenuta dell'atto di investitura[101], in ragione della circostanza che risulta irrilevante verso l'esterno il rapporto fra l'amministrazione e il funzionario, purché questi operi pubblicamente come se avesse un legittimo titolo per farlo.

Il principio di conservazione degli atti giuridici trova efficace applicazione alla attività del funzionario di fatto in ragione della c.d. teoria del fatto compiuto che imputa al soggetto pubblico ogni atto posto in essere in situazione di ragionevole apparenza[102]. L'*apparentia iuris* è considerata ammissibile dall'ordinamento ove sia supportata da elementi chiari, univoci e concordanti, idonei ad ingenerare nei terzi che entrino in relazione con la P.A. una situazione psicologica di errore, non colpevole, e dunque un legittimo e ragionevole affidamento che deve essere tutelato con la conservazione degli atti compiuti del funzionario di fatto[103].

Sulla tematica *de qua* sembra incidere anche la l. 241/90. L'art. 21-*septies*, introdotto dalla l. 15/2005, ha per la prima volta sancito formalmente che *"è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione"*.

La disposizione in esame sembra intercettare la *vexata quaestio* circa la sorte degli atti compiuti dal funzionario di fatto. Secondo parte della dottrina[104], il funzionario, privo di qualsivoglia investitura formale, pone in essere atti radicalmente nulli ai sensi dell'art. 21-*septies* della l. 241/90 per difetto di attribuzione e carenza di volontà della P.A.. La mancanza di investitura

sapevolmente fatto affidamento sulla riferibilità dell'atto ad un soggetto della P.A..

[98] In proposito BETTI E., *La teoria delle obbligazioni*, *op. cit.*. L'*apparentia iuris* identifica un principio generale dell'ordinamento giuridico in base al quale è conferita efficacia giuridica a situazioni apparenti come fossero reali in virtù della loro idoneità ad ingenerare legittime aspettative nei terzi.

[99] *Adun. Plen. Cons. stato,* 22 maggio 1993, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it. Cons. giust. amm*., 24 marzo 1960, n. 170, *in www.giustizia-amministrativa.it.*

[100] Tra gli esempi più ricorrenti va citato quello dell'apparente ufficiale dello stato civile (art. 113 c.c.) il quale "*senza avere la qualifica di ufficiale dello stato civile, ne esercita pubblicamente le funzioni*", determinando un affidamento dei terzi. Il disposto normativo fa salva, infatti, la validità del matrimonio, non essendo imputabile l'apparenza ad errore dei *nubendi* o dell'Amministrazione.

[101] *Tar Lazio Roma, Sez. III quater*, 23 luglio 2008, n. 7249. *Cons. Stato, sez. VI*, 4 aprile 2007, n. 1522. *Tar Sicilia Palermo*, sez. II, 12 gennaio 2007, n. 51, in *www.giustizia-amministrativa.it*. *C.G.A.*, 28 ottobre 1966, n. 537, in *www.giustizia-amministrativa.it.* Il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha da tempo affermato che "*l'azione svolta da persona fornita di titolo invalido […] è imputabile all'amministrazione ed esplica i suoi effetti nei confronti dei terzi che con questa vengono in rapporto, sia pure per il tramite del funzionario di fatto.*

[102] In senso critico potrebbe evidenziarsi come in base alla teoria del fatto compiuto si verrebbe ad attribuire rilievo dominante all'affidamento dei terzi, lasciando sfornite di sanzione le violazioni del principio di legalità.
In particolare la teoria del fatto compiuto omette di considerare che l'atto posto in essere dal funzionario di fatto è privo del suo presupposto normativo, in quanto compiuto in difetto di una norma che attribuisca legittimamente quel potere pubblicistico al soggetto che lo esercita. Conseguentemente il conflitto tra i principi di continuità e tutela del legittimo affidamento e principio di legalità dell'azione amministrativa dovrebbe prevalentemente risolversi in favore del secondo, assurgendo la legalità a valore cardine dell'intera azione amministrativa. Esclusivamente in casi eccezionali potrà essere assicurata prevalenza ai principi di continuità e tutela delle aspettative legittime allorché si versi in una situazione di urgenza non altrimenti evitabili.

[103] FALZEA A., voce *Apparenza,* in *Enc. dir.,* vol. II, Milano, 1958. MOSCHELLA R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica,* Giuffrè, Milano, 1973.

[104] D'ANGELO L., *La nullità del provvedimento amministrativo ex l. n. 15/2005: le esequie del funzionario di fatto,* in *www.giustamm.it*.

si qualificherebbe alla stregua di un vizio caducante, idoneo a riverberarsi negativamente sui successivi atti.

Nella interpretazione della disposizione *de qua* sono sorti due orientamenti con riferimento alla configurabilità del difetto assoluto di attribuzione. Secondo il primo orientamento il difetto assoluto di attribuzione si avrebbe esclusivamente ove risultino violate norme distributive del potere tra le varie amministrazioni. Pertanto sarebbero atti inesistenti quelli adottati in assenza di una norma attributiva del potere, come nell'ipotesi, appunto, del funzionario di fatto[105].

Un orientamento che entra in conflitto sia con il principio di tutela del legittimo affidamento (posto alla base del riconoscimento dell'efficacia degli atti del funzionario favorevoli a terzi), sia con il principio della *apparentia iuris*. Del resto un atto inesistente non può produrre mai effetti giuridici[106].

Alla stregua del secondo orientamento, la carenza di potere del funzionario di fatto andrebbe intesa in concreto, sicché eventuali atti adottati risulterebbero meramente illegittimi e dunque produttivi di effetti. A tali atti, ove favorevoli a terzi in situazione di apparenza, si continuerebbero ad applicare i principi di tutela del legittimo affidamento e di conservazione. La stessa giurisprudenza avrebbe aderito a tale ricostruzione, contribuendo al mantenimento in vista della figura del funzionario di fatto, con salvezza degli effetti atti favorevoli compiuti. In particolare i giudici amministrativi interpretando la disposizione in termini restrittivi hanno statuito che "*l'art. 21-septies, nell'introdurre per la prima volta in generale, la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia solo il difetto assoluto di attribuzione, che evoca la cd carenza di potere in astratto, cioè la mancanza in astratto della norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo rientrare nell'area dell'annullabilità la categoria della carenza di potere in concreto*"[107].

Tale orientamento, individuando nell'annullabilità il regime riconducibile alla carenza di potere in concreto, riconosce la persistenza di spazi di operatività della figura del funzionario di fatto in quanto fa salva l'ipotesi che i relativi siano considerati validi ed efficaci, ove da essi il privato abbia tratto un qualche specifico vantaggio[108].

5.3. Le illegittimità non invalidanti del provvedimento amministrativo

Nella nuova idea di legalità votata al risultato, ben si inserisce l'istituto delle illegittimità non invalidanti. La figura, introdotta con l'inserimento dell'art. 21-*octies*, ad opera della novella del 2005, nel *corpus* della l. 241/90[109], si inquadra nell'ambito di una nuova filosofia *performance-oriented*. Una rinnovata legalità amministrativa non più concepita, come in passato, in senso meramente formale milita oggi sempre

[105] D'ANGELO L., *La nullità del provvedimento amministrativo ex l. n. 15/2005: le esequie del funzionario di fatto, op. cit.*.

[106] D'ANGELO L., *La nullità del provvedimento amministrativo ex l. n. 15/2005: le esequie del funzionario di fatto, op. cit.*.

[107] *TAR Sicilia Palermo*, sez. III, 8 maggio 2006, n. 994. In senso conforme *Tar Lazio Roma*, sez. I, 3 marzo 2009, n. 2192, in *www.giustamm.it*..

[108] D'ANGELO L., *La nullità del provvedimento amministrativo ex l. n. 15/2005: le esequie del funzionario di fatto, op. cit.*.

[109] Sulla nuova figura delle illegittimità non invalidanti del provvedimento si rinvia, senza pretesa di esaustività, *CERULLI IRELLI* V.-DE LUCIA L. (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009. NAZZARO D., *Illegittimità non invalidante dell'atto amministrativo e motivazione postuma: la positiva metamorfosi del g.a.*, in www.giustizia-amministrativa.it. AA.VV., *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di Parisio V., Giuffrè, Milano, 2004. CHINÈ G., *L'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustizia-amministrativa.it. SORRENTINO G., *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21-octies della legge n. 241/90, Scritti in onore di Spagnuolo Vigorita*, in *www.giustamm.it*. BERGONZINI G., *Art. 21-octies della legge n. 241 del 90 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.* 2007, 231.

più nella direzione di preservare il provvedimento da inutili e costosi annullamenti da parte del giudice. Invero la logica del perseguimento del risultato, attraverso la dequotazione dei vizi meramente formali, pervade con intensità crescente il metodo amministrativo, favorendo un'osmosi tra momento procedimentale e momento processuale[110].

Con la codificazione delle forme di invalidità dell'atto amministrativo, il legislatore del 2005, ispirandosi all'ordinamento tedesco[111], ha inteso preservare il provvedimento dall'annullamento giurisdizionale in presenza di vizi esclusivamente formali, precludendo, così, l'effetto invalidante di quelle violazioni di legge ininfluenti sul contenuto dell'atto.

L'art. 21-*octies*, in ossequio al generale principio di conservazione degli atti giuridici, accoglie, pertanto, una concezione sostanzialistica dell'invalidità del provvedimento rispetto alle violazioni meramente procedimentali. La dequotazione dei c.d. vizi formali, foriera in passato di annullamenti, inutili e costosi, testimonia l'abbandono del formalismo di matrice positivista e l'ingresso del diritto amministrativo nella rinnovata logica efficientistica del risultato. La legge ha voluto, dunque, porre un freno a taluni fenomeni degenerativi di iperformalismo e iperpartecipazione[112], attraverso l'elaborazione di una disposizione normativa complessa (l'art. 21-*octies*) che si articola in due distinti precetti:

a) l'uno dedicato ai c.d. vizi formali e procedimentali negli atti vincolati;

b) l'altro rivolto a quel particolare vizio costituito dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento nell'alveo dei provvedimenti discrezionali e non.

Con riferimento agli atti vincolati in caso di vizi formali o procedimentali, si prevede che il provvedimento non sia annullabile quando ricorrano contemporaneamente i seguenti elementi:

1) violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti;

2) natura vincolata del provvedimento;

3) palese manifestazione che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

In particolare si introduce un vincolo legale al potere di annullamento *ope iudicis*, in quanto ove il giudice amministrativo ritenga che i suddetti vizi non incidano sul contenuto dell'atto e che l'amministrazione avrebbe potuto adottare solo quel provvedimento (c.d. alternativa di diritto), non potrà disporne l'annullamento. In relazione al secondo inciso del comma II dell'art. 21-*octies*, esso concerne un tipico vizio procedimentale (violazione dell'obbligo di avvio del procedimento) e prevede che l'atto non sia annullabile "*qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*". Quest'ultima ipotesi non risulta circoscritta all'attività vincolata, estendendosi anche all'attività discrezionale[113]. Pertanto in tale fattispecie, al fine di scongiurare la caducazione giurisdizionale dell'atto, la P.A. ha l'onere di provare in giudizio che l'eventuale apporto collaborativo del privato sarebbe stato irrilevante e ininfluente ai fini del contenuto disposi-

[110] *Contra* MARENGHI E.M., *Procedimenti e processualprocedimento*, *op. cit.*.

[111] CHINÈ G., *L'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, *op. cit.*. Secondo l'Autore l'art. 21-*octies* l. 241/90 trarrebbe ispirazione dall'art. 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo *(Verwaltungsverfahrengesetz)* del 25 maggio 1976, secondo la quale l'annullamento del provvedimento non può essere preteso per la mera violazione di prescrizioni procedimentali, formali e sulla competenza territoriale, laddove non sia possibile assumere un'altra decisione.

[112] MARENGHI E.M., *Procedimenti e processualprocedimento*, *op. cit.*: "*Ci si è accorti che si è partecipato troppo e in troppi modi*".

[113] *Cons. Stato*, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4031, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tivo del provvedimento (c.d. alternativa di fatto).

L'art. 21-*octies* mira a scongiurare che ogni violazione di legge si traduca sempre nell'annullamento dell'atto impugnato, che in questi casi rappresenterebbe per il ricorrente una "*vittoria di Pirro*" inutile e costosa, in quanto l'amministrazione, in sede di riesercizio della funzione, potrebbe emanare un atto del medesimo contenuto, sia pure emendato dei vizi formali. In questa ipotesi, pertanto, la caducazione del provvedimento non assicurerebbe né il buon andamento dell'azione pubblica né una protezione adeguata al cittadino, in spregio agli artt. 97 e 111 Cost.[114].

Il legislatore della novella ha, dunque, voluto in un'ottica conservativa superare gli eccessivi formalismi del principio di legalità a beneficio di un sindacato sostanziale sulla legittimità degli atti, funzionale ad una tutela piena ed effettiva dell'amministrato, che salvaguardi al contempo l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa.

La disciplina dell'art. 21-*octies* dimostra come l'idea del risultato permei oramai tanto il procedimento quanto il processo[115]. Il II co. della disposizione contempla alcune ipotesi nelle quali, nonostante l'illegittimità dell'atto[116], è preclusa al giudice l'emissione di una pronuncia di annullamento, qualora all'esito di una verifica *ex post* ed in concreto, egli accerti che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, anche a fronte della partecipazione dell'interessato o dell'osservanza delle prescrizioni formali[117]. Trattasi, dunque, di un giudizio diverso da quello in tema di irregolarità[118], in quanto successivo, di natura processuale e ad esito incerto (in quanto può condurre tanto all'annullamento giurisdizionale dell'atto quanto alla sua conservazione).

Come può evincersi chiaramente il principio di conservazione anima sia l'istituto della mera irregolarità sia quello delle illegittimità ininfluenti, poiché in entrambi si manifesta l'*intentio legis* di salvaguardare l'attività amministrativa compiuta. Tuttavia di differente ampiezza si palesa l'ambito applicativo dei due istituti, più esteso nell'irregolarità e più circoscritto nelle illegittimità non invalidanti. In queste ultime infatti il canone conservativo si applica nei limiti tracciati dall'art. 21-*octies* con riferimento agli atti vincolati per vizi formali o procedimentali o al mancato avviso di avvio del procedimento. La conservazione del provvedimento, inoltre, è frutto di una attività complessa ossia di un accertamento giudiziale *ex post* ancorato alla ricorrenza di particolari condizioni di legge.

---

[114] Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2007, n. 528, in www.giustizia-amministrativa.it. È preferibile, secondo i giudici amministrativi, un'interpretazione che depuri dalle formalità il rapporto cittadino-P.A. e che, pur non disconoscendo la natura impugnatoria del giudizio amministrativo, sposti l'attenzione anche sul rapporto sostanziale sottostante, vale a dire sullo scontro autorità-libertà e sui suoi contenuti che presiedono alla decisione in ordine alla pretesa del cittadino nei confronti della amministrazione.

[115] *Ex plurimis Tar Catanzaro,* sez. II, 13 marzo 2006, n. 283. *Tar Lombardia,* sez. II, 18 luglio 2007, n. 3351. *Tar Campania,* sez. VII, 20 novembre 2007, n. 8943. *Tar Lazio,* sez. I *Ter*, 23 febbraio 2007, n. 1625, *in www.giustizia-amministrativa.it.*

[116] La disciplina dei vizi non invalidanti postula l'illegittimità dell'atto e ciò sarebbe confermato dal potere della P.A. di rimuovere il provvedimento nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela. La limitazione legislativa concerne esclusivamente il potere di annullamento giurisdizionale, determinando una sanatoria processuale dell'atto amministrativo allorchè il giudice accerti la ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 21-*octies* II co. l. 241/90. In giurisprudenza *Cons. Stato, sez. VI*, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *www.giustamm.it*.

[117] Si tratta della prova di resistenza dell'*id quod non est*, che l'amministrazione ha l'onere di fornire in giudizio per evitare la caducazione giurisdizionale del provvedimento. In altri termini la P.A. è tenuta a dimostrare che anche l'osservanza delle regole o la partecipazione dell'interessato non avrebbe modificato il contenuto del provvedimento.

[118] Sulle differenze tra la figura dell'irregolarità e la figura delle illegittimità non invalidanti si rinvia a CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*.

Nonostante il più ristretto ambito applicativo il principio di conservazione opera nell'ambito delle illegittimità non invalidanti con una intensità superiore rispetto ai casi di irregolarità dato che nelle ipotesi contemplate dalla disposizione di cui all'art. 21 *octies* ad essere salvati sono atti illegittimi e non già meramente irregolari.