

ROBERTO CAVALLO PERIN

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Torino

VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO E DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

Estratto dal

Digesto

IV Edizione, vol. XV Pubblicistico

UTET

Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo

Bibliografia: ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1895; CAMMEO, *Capacità e volontà negli atti amministrativi*, in *Corso di diritto amministrativo*, a cura di Canimco, Padova, 1911; SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917 (1916), rist. anast., Padova, 1986; CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, 1940, rist. Milano, 1959; Id., *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990; Id., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, RDP, 1949, poi in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 670; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma 1931; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934; FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, FI, 1932, III, 290; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*², Padova, 1953; FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1932; VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933; SANTI ROMANO, «Poteri», in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. a cura di A. Romano, Milano, 1984; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1954; PIRAS, «Invalidità (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 598; LEVI, «Legittimità (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 124; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; Id., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95; Id., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo "Cento anni di giurisdizione amministrativa"*, Napoli, 1996; CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987; CARANTA, *L'inesistenza del provvedimento amministrativo*, Milano, 1990; Id., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, Padova, 1992; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993; Corso, «Validità (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.

Legislazione: si rinvia al testo.

Sommario: 1. La validità degli atti giuridici. Adempimento, correttezza e liceità dei comportamenti. Efficienza, efficacia ed economicità dell'organizzazione amministrativa. - 2. La pluralità degli atti e dei provvedimenti amministrativi tra teorie delle invalidità contrattuali e vizi dei provvedimenti amministrativi. - 3. La validità degli atti amministrativi come conformità alla pluralità degli ordinamenti giuridici che disciplinano i rapporti con le pubbliche amministrazioni. La disciplina costituzionale degli atti e provvedimenti amministrativi.

- 4. La validità degli atti dell'amministrazione pubblica come conformità all'ordinamento generale (norme primarie): la disciplina unitaria dei diritti soggettivi e dei poteri pubblici. I vizi che conseguono all'inesistenza giuridica dei poteri (o facoltà) dell'amministrazione pubblica. - 5. La validità degli atti amministrativi come conformità agli ordinamenti particolari delle pubbliche amministrazioni: la disciplina sul corretto esercizio dei poteri pubblici. I poteri pubblici tra esercizio di funzioni ed autonomia pubblica. Norme di azione e vizi di legittimità degli atti amministrativi. - 6. Denominazioni delle specie di invalidità come identificazione di un trattamento giuridico: effetti, sanatoria, rilevanza del giudice. L'inesistenza e l'illegittimità tra disapplicazione e annullamento degli atti amministrativi.

1. La validità degli atti giuridici. Adempimento, correttezza e liceità dei comportamenti. Efficienza, efficacia ed economicità dell'organizzazione amministrativa.

Nel linguaggio giuridico le parole validità e valido sono accolte secondo significati che escludono altre accezioni seppure prevalenti nel lessico comune (1), poiché si individua normalmente, ma non esclusivamente, un giudizio di conformità ad una norma, o più precisamente all'ordinamento giuridico cui appartiene una determinata norma (2), poiché ai soli atti validi è assicurata la protezione dell'ordinamento costituito.

La validità è così normalmente riservata agli atti delle persone, fisiche o giuridiche, pubbliche o private, ma da tale punto di vista si deve riconoscere che per ciascun atto si afferma generalmente una pluralità di giudizi di conformità ai diversi ordinamenti giuridici cui le persone si riferiscono, con conseguente possibilità di differenti valutazioni giuridiche: che uno stesso atto sia conforme ad un dato ordinamento, irrilevante per un secondo, diffforme rispetto ad un terzo (c.d. «relatività degli ordinamenti giuridici») (3).

Talvolta l'invalidità è qualificata ulteriormente con l'aggettivazione «derivata» ovvero «successiva» (o «sopravvenuta»). L'«invalidità derivata» si riferisce agli atti che concludono una serie procedimentale (→ PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO) i quali subiscono i vizi di quelli che li precedono. L'invalidità successiva (o sopravvenuta) si afferma invece come modi-

ficazione, con effetto retroattivo, delle norme che hanno definito la validità dell'atto al tempo della sua emanazione: come nel caso di una norma retroattiva che modifica quella vigente al tempo dell'emanazione dell'atto, o perché è mancata la conversione del decreto legge in forza del quale era stato emanato l'atto, che perciò risulta invalido (4).

La validità è qualificazione riferita agli atti giuridici, rinviando invece di preferenza all'adempimento, alla correttezza, o alla liceità, la definizione di un giudizio di conformità dei comportamenti, anche se non è infrequente l'uso della locuzione «atti illeciti».

L'illiceità (comprensiva dell'illecito penale, dell'inadempimento e della scorrettezza) indica normalmente, oltre al carattere proprio dell'invalidità di un rifiuto più o meno marcato di assicurare la protezione dell'ordine costituito, anche la previsione di una sanzione afflittiva (penale, civile, o amministrativa, personale o pecuniaria, espulsiva o riabilitativa, ecc.), o dell'obbligo di procedere all'eventuale risarcimento del danno.

La precisazione non esclude tuttavia che talvolta per affermare la liceità di un comportamento sia indispensabile accertare la validità di un atto giuridico (ad es. contratto di locazione, di comodato, di un decreto di requisizione, o di occupazione d'urgenza, ecc.) che legittima (titolo giuridico) un comportamento da ritenersi altrimenti illecito (ad es. fruire di un bene in proprietà d'altri).

Se da tempo si è delineata una responsabilità extracontrattuale per i fatti illeciti commessi dagli enti pubblici (→ ILLECITO AMMINISTRATIVO; RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE; RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN DIRITTO COMPARATO) e si discute invece sulla configurazione della natura della responsabilità in cui incorre l'amministrazione nelle trattative volte alla stipulazione di un contratto (5) (→ CONTRATTI DELLA AMMINISTRAZIONE PUBBLICA; OPERE E LAVORI PUBBLICI), si può affermare che all'inadempimento è corretto riferirsi nel diritto amministrativo, non solo per l'inesatta esecuzione di contratti conclusi da enti pubblici, ma anche per qualsiasi obbligazione che intercorra tra l'amministrazione e gli amministrati, tra le quali si comprende l'obbligo di erogare le prestazioni di servizio pubblico che ex lege o per atto di autonomia, sono assunte a favore dei destinatari. Oltre alle valutazioni di efficienza, efficacia e economicità diviene normale affrontare questioni sul grado di esatto adempimento delle prestazioni di servizio pubblico («disservizio») (6), mentre del tutto improprie risultano le considerazioni sulla validità giuridica di un servizio, senza perciò escludere che altri soggetti, con un differente interesse, possano chiedere la verifica della validità degli atti (programmi, atti di assunzio-

ne, o dismissione) che di tale obbligazione sono il presupposto o il fondamento.

Si distingue dalla validità il giudizio di «efficienza, efficacia ed economicità» che è di frequente riferito ai servizi pubblici, anche se occorre ricordare che il principio è affermato dal legislatore per l'intera attività amministrativa (l. 7-8-1990, n. 241, art. 1) a seguito delle elaborazioni che provengono dalla prevalente cultura economica e sociale, che indica tali criteri come parametri di valutazione, non solo delle imprese, ma anche dell'attività delle amministrazioni pubbliche (7).

L'efficienza (E), secondo la nozione più semplice detta «aziendalista», è la misura del raggiungimento del massimo di prodotti all'utenza (output) dato un certo livello di risorse umane, finanziarie e strumentali, cioè il rapporto tra il risultato (R) dell'azione organizzativa e la quantità di risorse (M) impiegate ($E = R/M$).

Secondo altre elaborazioni più complesse l'efficienza è un criterio per definire le possibilità di «automantenimento e coesione» tra i componenti di una struttura, la continuità nel tempo dell'organizzazione e del suo adattamento all'ambiente in cui opera (sistema naturale), ovvero come «abilità di un'organizzazione» di sfruttare il proprio ambiente per acquisire «risorse scarse o pregiate» (sistema aperto), o di conformarsi agli scopi prefissati, sia come efficienza degli individui nel portare ad esecuzione i compiti affidati, sia come propensione dei soggetti all'osservanza delle norme dell'organizzazione, sia come distribuzione di compiti conformi alla predisposizione individuale degli operatori. Si può affermare che nella scienza dell'amministrazione l'efficienza è l'indice della capacità di un'organizzazione di soddisfare le aspettative della comunità di riferimento (tesi detta sociologica) (8).

L'efficacia è stata a sua volta intesa quanto meno in due accezioni: come efficacia gestionale (cultura aziendalista), ovvero come efficacia sociale. L'efficacia gestionale (Eg) misura i risultati (R) in concreto ottenuti in ragione degli obiettivi desiderati (Od), cioè predefiniti in programmi annuali o pluriennali, direttive, o atti generali di gestione. Sarà efficace un servizio ove gli obiettivi predeterminati dagli organi dell'ente abbiano un'alta probabilità di essere attuati dall'organizzazione, poiché i risultati hanno raggiunto, o superato, le previsioni ($Eg = R/Od$), grazie ad una corretta valutazione delle possibilità di impiego delle risorse, delle potenzialità dell'organizzazione di riferimento, e così via.

L'efficacia sociale indica invece come un'attività riesce a «modificare» i bisogni sociali, cioè cerca di misurare il grado di soddisfazione di una domanda, offrendo un criterio utile a rilevare l'effetto prodotto

sui destinatari di un servizio in ragione dei bisogni sociali della comunità.

L'economicità indica il minore utilizzo possibile di risorse, ma la definizione è in verità sintesi di una pluralità di configurazioni: quella «aziendalista» ritiene economico il comportamento che in presenza di mezzi limitati tende al massimo risultato; quella «comparativa» invece parte dalla considerazione che ogni operatore, avendo avanti a sé una molteplicità di obiettivi da perseguire con risorse limitate, opta per la soluzione che ritiene produca il massimo benessere ad una comunità (vantaggi), con la conseguenza che è economica quella soluzione che offre vantaggi superiori ai costi derivanti dalla mancata utilizzazione delle stesse risorse in scelte (soluzioni) alternative.

Correttamente si è escluso che i criteri indicati possano affiancare la validità ed involgere una valutazione dell'atto amministrativo in sé considerato perché i parametri di «efficienza, efficacia ed economicità», ove rettamente intesi, hanno ad oggetto la valutazione dell'organizzazione amministrativa, non importa se volta alla produzione di servizi o all'esercizio di funzioni (9).

(1) Giusto, buono, utile, efficace. Si avvicinano forse maggiormente al lessico giuridico altre accezioni che paiono sottolineare la derivazione dalla parola latina *validus*, perché uomo vigoroso, sano, del quale l'opposto insano, ove riferito alle cose, è sostituito di preferenza dagli aggettivi difettoso, viziato.

(2) Cfr. CONTI, «Validità», in *NN.D.L.*, XX, Torino, 1975, 422 s.; afferma l'autonomia scientifica della validità: CORSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1972, 56 s.; non sempre agevole è la distinzione con la parola legittimità: LEVI, «Legittimità (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974; per la costituzione invece dell'ordinamento giuridico originario si usano di preferenza le parole legittimazione, o principio di effettività: SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, AGOP, LXVIII, Modena, 1902, poi in *Scritti minori*, I (*Diritto costituzionale*), Milano, 1950; PINNA, «Crisi costituzionali», in *Digesto pubbl.*, IV, Torino, 1989, 480 s.; PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; Id., «Effettività (principio di)», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 420 s.; PACE, *Convegno costituzionalisti*, Torino.

(3) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 203 s., ed in riferimenti alla teoria della relatività delle posizioni soggettive di G. Miele.

(4) Per tutti: SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Studi Vacchelli*, Milano, 1938; GASPARRI, *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939; GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Studi Vacchelli*, cit.; da ultimo PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva degli atti amministrativi*, Padova, 1991; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 670.

(5) Da ultimo A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, spec. 19-20.

(6) Cfr. CORSO, «Validità (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 94; per l'obbligazione di servizio pubblico e la graduale affermazione di un diritto di credito degli utenti si consenta di rinviare alle considerazioni svolte in altro lavoro: CA-

VALLI PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

(7) MEAD, *Policy Studies Review*, V, 1985, 319 s. Tali elaborazioni hanno per gran parte alimentato le analisi critiche sulla gestione dell'attività degli enti pubblici e favorito quelle conclusioni che oggi sono comunemente ricomprese nella locuzione «privatizzazione dei servizi pubblici»; per tesi critica: VOYTEK, *La privatizzazione dell'erogazione dei servizi: teoria, evidenza empirica ed implicazioni*, in *Probl. amm. pubbl.*, 1993, 37 s., 45.

(8) Per la tesi aziendalista utilizzata di solito per il «controllo di gestione», C. St., sez. IV, 24-5-1983, n. 330, CS, 1983, I, 499; C. Conti, sez. enti locali, 22-11-1995, n. 8, RCC, 1995, 101; C. Conti, sez. enti locali, 10-10-1995, n. 51, in *Enti pubbl.*, 1996, 761. La nozione aziendalista non è tuttavia l'unica: cfr. PASTORI, *Il controllo di gestione della corte dei conti fra controllo e collaborazione*, in *Le Regioni*, 1995, 1095; D'AMICO, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, 1992, 389 s., 393. Per le altre nozioni: BERTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, in *Raccolta di studi di scienza e tecnica dell'amministrazione pubblica*, n. 10, Milano, 1968, 11.

(9) Per l'efficienza come nozione sociologica: MARK, *Metodi di misurazione della produttività nel settore pubblico (a livello federale, statale, locale)*, in *Probl. amm. pubbl.*, 1982, 66-68; per la nozione di economicità si veda per tutti: D'AMICO, *Manuale*, cit., 409. Esclude i parametri di efficienza, efficacia, economicità per gli atti amministrativi: CORSO, «Validità» cit., 93-94.

2. La pluralità degli atti e dei provvedimenti amministrativi tra teorie delle invalidità contrattuali e vizi dei provvedimenti amministrativi.

Nel diritto amministrativo il giudizio di conformità predicato dalla validità è di solito ulteriormente circoscritto agli atti e provvedimenti amministrativi (→ PROVVEDIMENTI E ATTI AMMINISTRATIVI) (10), con definizione che separa l'analisi sulla disciplina giuridica degli atti dei privati che siano elementi necessari di un procedimento amministrativo (→ RICHIESTA E ISTANZA ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE), o essenziali per la definizione dell'atto finale produttivo di effetti verso i destinatari (→ INTESE, CONVENZIONI E ACCORDI AMMINISTRATIVI).

Se nel diritto amministrativo l'invalidità è espressamente riferita ai provvedimenti amministrativi, nel diritto privato le trattazioni generali hanno ad oggetto quasi esclusivamente l'invalidità dei contratti, cui vengono giustapposte le cause di nullità del testamento. Salvo cenni alla ricognizione di debito, alla rinuncia, alla promessa al pubblico, non pare che la teoria generale delle invalidità degli atti di diritto privato (11) riconosca particolare rilevanza ai risultati delle analisi di settore sulle cause di nullità e annullabilità degli atti unilaterali di imprenditori (ad es. licenziamento, ecc.), o degli organi del condominio, delle associazioni, fondazioni, o società, con scelta che solo in parte può trovare giustificazione nelle separazioni disciplinari (diritto civile, diritto commerciale e del lavoro) (→ NULLITÀ E ANNULLABILITÀ; CONDOMINIO; ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI; SOCIETÀ; LICENZIAMENTO; ECC.)

Simmetricamente l'interesse che ha assunto nel di-

ritto amministrativo il provvedimento ha ad esso delimitato gli sforzi interpretativi sui vizi degli atti dell'amministrazione pubblica, rinviando nel tempo un'analisi (ritenuta di settore: urbanistica, opere pubbliche, servizi pubblici, consorzi, ecc.) sulle cause di invalidità degli accordi, convenzioni, o intese tra amministrazioni pubbliche, o con i privati (→ INTESE, CONVENZIONI E ACCORDI AMMINISTRATIVI).

Le analisi intorno alle invalidità degli atti amministrativi hanno in questo secolo affiancato le teorie sulle invalidità dei contratti disciplinati dal diritto privato, entrambe paiono essersi contese il campo della disciplina sostanziale degli atti giuridici nel nostro ordinamento, precisando ciascuna aspetti che per l'altra sono parsi di minore importanza in ragione dell'oggetto preferenziale di studio (rapporti di interesse pubblico-provvedimenti amministrativi; rapporti patrimoniali-contratti).

L'indicata dicotomia si è così imposta attraendo all'una piuttosto che all'altra ricostruzione le ipotesi ritenute marginali, secondo percorsi ogni qualvolta peculiari, talora unicamente accennati e rimasti incompiuti, di frequente incapaci di accogliere, con i dovuti adattamenti, i risultati offerti dall'altra tradizione giuridica e che forse potevano essere utili ad approfondire campi scarsamente coltivati dalla propria.

È normale vedere affermato che le cause di invalidità dei contratti (→ OPERE E LAVORI PUBBLICI; CONTRATTI DELLA AMMINISTRAZIONE PUBBLICA) stipulati dall'amministrazione non differiscono per disciplina da quella imposta dal codice civile per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e al tempo stesso che la scelta dell'amministrazione del soggetto con cui concludere il contratto è un «provvedimento» amministrativo, con opinione che parrebbe sopravvivere anche alla recente istituzione della giurisdizione esclusiva in materia (d.lg. 31-3-1998, n. 80).

Non è da escludere l'ipotesi che tali atti unilaterali dell'amministrazione pubblica siano stati attratti alla tradizionale categoria del provvedimento amministrativo (procedimento di scelta del contraente) per la consolidata disciplina sostanziale (vizi di legittimità) e la peculiare tutela giurisdizionale (giudice amministrativo) che il diritto privato e le elaborazioni intorno alla responsabilità precontrattuale non riuscivano ad assicurare alle imprese concorrenti, secondo un percorso che pare inoltre soddisfare quelle ragioni istituzionali (esercizio di una funzione) che, non senza contrasti, riaffiorano ancora oggi per taluni atti del concessionario, o delle società per azioni in mano pubblica (12).

L'analisi delle invalidità degli accordi procedimentali è stata circoscritta agli enunciati legislativi che sanciscono la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di «formazione, conclusione ed

esecuzione» degli accordi (→ GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA ESCLUSIVA; INTESE, CONVENZIONI E ACCORDI AMMINISTRATIVI; PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO), prevedono la forma scritta a pena di nullità e l'estensione dei «principi in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» (artt. 11 e 15, l. n. 241 del 1990, cit.), di cui appare anzitutto pregiudiziale l'indagine sulla natura giuridica, patrimoniale o non patrimoniale, di accordi o convenzioni (art. 1321, c.c.). Non sufficiente attenzione è stata riservata all'analisi della natura giuridica degli atti amministrativi unilaterali (es. deliberazioni) volti alla conclusione di accordi o convenzioni tra amministrazioni pubbliche (art. 15, l. n. 241 del 1990), comprese quelle che hanno ad oggetto l'esercizio associato di funzioni e servizi (artt. 24 e 25, l. 8-6-1990, n. 142), per i quali è difficile ipotizzare rapporti giuridici «non parioridati» («assenza di una posizione d'autorità»), per non trattare degli atti unilaterali adottati dagli organi di un consorzio pubblico (art. 25, l. n. 142 del 1990, cit.; artt. 862, 863, 2° co., c.c., ecc.) verso le stesse amministrazioni consorziate che lo hanno «consensualmente» istituito (definizione delle quote consorziali, ecc.), ove il parametro di validità oltre la legge è dato, non molto diversamente dalle deliberazioni degli organi di società, associazioni, o consorzi di diritto privato, dall'attuazione dello statuto e dell'atto costitutivo.

Avanti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si è invece affermata la categoria degli «atti paritetici», cioè di atti amministrativi unilaterali contrassegnati dall'assenza di una posizione «d'autorità» dell'amministrazione pubblica verso i destinatari (dipendenti pubblici, debitori di oneri di urbanizzazione, creditori di finanziamenti pubblici, ecc.), ove i destinatari dell'atto possono vantare la titolarità di una posizione di diritto soggettivo (13). L'indicata ricognizione degli atti dell'amministrazione pubblica evidenzia una pluralità che, oltre i contratti disciplinati dal diritto privato, individua tra i regolamenti, gli atti generali (artt. 13, 24, ult. co., l. 7-8-1990, n. 241) e i provvedimenti, ed ancora gli atti unilaterali la cui emanazione è affermata dall'amministrazione come obbligazione (ad es. tributaria), ovvero è pretesa dai destinatari in forza di poteri o facoltà che trovano fondamento in diritti soggettivi di credito (ad es. prestazioni di servizio pubblico), ma anche reali o della «personalità» (14), cui si affiancano infine gli accordi con i privati, o le convenzioni e gli accordi tra amministrazioni pubbliche.

(10) Cfr. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993; F. LEVI, «Legittimità (dir. amm.)» in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 124; PIRAS, «Invalidità (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 598.

(11) Da ultimo FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998; MONTECHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998.

(12) Per tutti: Cass., S.U., 6-5-1995, n. 4992, *GI*, 1996, I, 1, 493 con nota di CANNADA BARTOLI; si confronti da ultimo l'art. 33 del d.lg. 31-3-1998, n. 80.

(13) È elaborazione ricondotta a FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa, Scritti in onore di Santi Romano*, II, 287; da ultimo QUARTULLI, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione, Studi per il 150° anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1517. In giurisprudenza oltre alla decisione primigenia (C. St., sez. V, 1-12-1939, est. Fagiolari) in materia di pubblico impiego: Cass. S.U., 10-8-1996, n. 7406; Id., 14-2-1997, n. 1345; C. St., sez. V, 26-6-1996, n. 798, *FA*, 1996, 1938; Id., 12-10-1995, n. 1412, *FA*, 1995, 2188; per gli atti che definiscono l'obbligo del pagamento degli oneri di urbanizzazione: C. St., sez. V, 26-3-1996, n. 294, *RGE*, 1996, I, 699; Id., 12-10-1995, n. 1394, *FA*, 1995, I, 2181; Id., 25-5-1995, n. 822, in *Appalti e urb.*, 1996, 108; nella formazione professionale per gli atti di pagamento del credito avente ad oggetto un finanziamento pubblico: Cass. S.U., 23-4-1996, n. 3819.

(14) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi, in Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, I, Milano, 1900, 171; cfr. CASETTA, «Diritti pubblici subiettivi», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 s.

3. La validità degli atti amministrativi come conformità alla pluralità degli ordinamenti giuridici che disciplinano i rapporti con le pubbliche amministrazioni. La disciplina costituzionale degli atti e provvedimenti amministrativi.

La moltiplicazione dei tipi e il differente carattere degli atti giuridici che si trova a utilizzare la pubblica amministrazione appare uno sviluppo, una formalizzazione teorica necessaria della teoria della pluralità di ordinamenti giuridici (15), le cui norme non possono non offrire la definizione dei caratteri dell'atto, della sua natura giuridica, dei suoi elementi di validità.

La pluralità degli atti amministrativi riconduce dunque alla pluralità degli ordinamenti di cui è partecipe una pubblica amministrazione, poiché è noto che la pluralità degli ordinamenti giuridici, come parametro di validità dei differenti atti giuridici, è stata indicata come la naturale conseguenza dell'organizzazione sociale in più di un ordinamento.

Ritenere che il parametro di validità degli atti della pubblica amministrazione sia dato da norme costituzionali ed europee, da leggi ed atti aventi forza di legge, nonché dai regolamenti amministrativi, può risultare una affermazione di eccessiva sintesi, che oscura l'appartenenza di ciascuna di tali norme ad un ordinamento giuridico, che ha propri principi istituzionali che non coincidono con quelli che sono a fondamento di altri ordinamenti, sicché la definizione della validità di un atto significa anzitutto ricerca ed individuazione dei rapporti giuridici tra ordinamenti (originari, derivati), poiché solo in ragione di essi appare possibile risolvere i conflitti tra le norme che vi appartengono (→ ORDINAMENTO GIURIDICO; COMUNITÀ EUROPEE).

In tal senso gli atti dell'amministrazione pubblica, non diversamente da altri, ritrovano come parametro di validità le norme degli ordinamenti giuridici cui sono sottoposte: anzitutto quello generale a tutti comune di livello costituzionale e nei limiti da questo indicato dalle norme europee (art. 11 Cost.) o di legislazione statale (artt. 70, 76-77 Cost.) poste a sua integrazione (*infra* par. 4); nonché dalle norme dell'ordinamento particolare delle amministrazioni pubbliche (*infra* par. 5), i cui principi istituzionali definiscono le pubbliche amministrazioni con caratteri particolari che incidono sulla relativa capacità e autonomia giuridica (cfr. artt. 5, 42, 43, 92 s. 113, 114 s. Cost.).

Autonomia pubblica (→ AUTONOMIA NEL DIRITTO PUBBLICO) di cui statuti e regolamenti amministrativi sono l'espressione, cioè gli atti normativi che consentono alle amministrazioni pubbliche di definire il proprio ordinamento (→ REGOLAMENTI AMMINISTRATIVI; REGOLAMENTO E POTERE NORMATIVO DEGLI ENTI LOCALI), autonomia anche privata ove è soprattutto di interesse la comparazione con statuti e atti costitutivi (di consorzi, di società, di condomini) che si affermano come ulteriori parametri di validità degli atti emanati da organizzazioni cui partecipano le amministrazioni pubbliche.

Pluralità degli ordinamenti giuridici come disciplina di validità degli atti, ma ancor prima dei poteri o facoltà (16) che consentono all'amministrazione di emanare atti giuridici, ed in tal senso l'analisi delle invalidità degli atti e dei provvedimenti amministrativi si è sinora identificata con lo studio delle norme che definiscono i poteri amministrativi, quelli che dell'amministrazione pubblica sono ritenuti i poteri per antonomasia, quei «poteri d'autorità» ove più chiaramente, ma non esclusivamente, si sono delineati i caratteri delle amministrazioni pubbliche.

Ciò ha consentito l'elaborazione di teorie che hanno elevato a principi istituzionali dell'amministrazione pubblica la necessità di perseguire l'interesse pubblico invece di quello privato, il principio di imparzialità in luogo di quello di parte, la soddisfazione dei bisogni di una comunità invece di quelli individuali, l'imprevedibile rapporto con i terzi interessati (cointeressati o controinteressati) all'emanazione di un atto in luogo del principio dell'efficacia inter partes di un contratto, e così via, indicando strumenti giuridici che sono talvolta indispensabili, in altri casi alternativi, mai sostitutivi di quelli disciplinati dal diritto privato, di cui anche la pubblica amministrazione può avere bisogno in tutto o in parte ove, senza trattare d'altro, le ragioni patrimoniali o di un rapporto tra parti si affermino come disciplina giuridica dei suoi atti.

In altra occasione (17) era parso di poter affermare che gli atti e provvedimenti dell'amministrazione

pubblica trovano una ampia disciplina costituzionale di riferimento, quasi sempre ricordata per gli aspetti di tutela giurisdizionale, la quale tuttavia presuppone la disciplina di diritto sostanziale degli atti amministrativi: anzitutto quella definita dalle riserve di legge (→ RISERVE DI LEGGE) non meno tuttavia di ogni altra disposizione costituzionale di disciplina dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento che riguardano anche la pubblica amministrazione (artt. 3, 32, 36, 42, 41, 38, ecc.).

Ragioni istituzionali che nella vigente Costituzione hanno chiaramente indicato che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale (art. 113 Cost.) dei diritti e degli interessi legittimi, anzitutto come diritto di azione (art. 24 Cost.) avanti al giudice che con riferimento ad essi si è affermato come naturale (art. 25, 1° co., Cost.) nella alternativa tra giudice ordinario (art. 102, Cost.) o amministrativo (art. 103, 1° e 2° co.; art. 125, 2° co., Cost.).

Sindacato giurisdizionale assicurato a tutti per stabilire la conformità degli atti dell'amministrazione pubblica alle leggi statali, o di autonomia pubblica (leggi regionali, statuti, regolamenti), che le riserve di legge (artt. 23, 32, 40, 41, ecc.) hanno imposto come disciplina insopprimibile dei poteri pubblici nel nostro ordinamento, in conformità ai valori costituzionali che offrono tutela a situazioni giuridiche pubbliche o private.

Disciplina insopprimibile degli atti e provvedimenti dell'amministrazione pubblica che attiene sia alla giuridica esistenza dei poteri pubblici (*infra* par. 4), sia ad un esercizio degli stessi che non può non essere legittimo (*infra* par. 5), cioè conforme a quei principi di legalità e correttezza istituzionale che sono stati in varia guisa accolti ed iscritti nella Costituzione repubblicana, in ragione di essa via via precisati dal giudice della legittimità costituzionale (→ CORTE COSTITUZIONALE), della Corte di giustizia delle comunità europee (→ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE), non meno che dalle sentenze del giudice ordinario ed amministrativo.

(15) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (ma 1918).

(16) SANTI ROMANO, «Potere», in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. a cura di A. Romano, Milano, 1984.

(17) CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione tra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 518 s., spec. 546; poi in *Id.*, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, cap. IV.

4. La validità degli atti dell'amministrazione pubblica come conformità all'ordinamento generale (norme primarie): la disciplina unitaria dei diritti soggettivi e dei poteri pubblici. I vizi che conseguono all'inesistenza giuridica dei poteri (o facoltà) dell'amministrazione pubblica.

La teoria sulla validità degli atti e dei provvedimenti amministrativi da tempo si sostanzia delle analisi sia sull'esistenza, sia sulla legittimità, dei poteri e degli atti dell'amministrazione, anche ove adottano denominazioni che forse sono tratte da altri settori di studio (ove l'inesistenza si è precisata oltre i casi di nullità espressamente previsti dalla legge), di cui tuttavia il diritto amministrativo non ripete se non in parte il relativo trattamento giuridico, poiché ha ormai assunto peculiarità proprie che si avrà modo di sintetizzare (*infra* par. 6).

La validità degli atti amministrativi è stata studiata nel diritto amministrativo dal punto di vista peculiare della conformità alle norme che disciplinano i poteri pubblici nei confronti delle posizioni soggettive ad essi correlate (18): l'esistenza, la nullità, o la liceità degli atti e provvedimenti amministrativi è vista anzitutto come giuridica esistenza della definizione dei poteri pubblici, al pari di come la legittimità degli atti è risolta dalla verifica di un legittimo esercizio del potere pubblico.

La indicata distinzione tra esistenza (19) (o nullità, o liceità) e legittimità ha profonde radici storiche, ma la questione può essere ritenuta di teoria generale delle istituzioni ove il discrimine si impone come carattere comune delle organizzazioni i cui organi d'amministrazione assumono la gestione di interessi non propri, o non esattamente propri (20), soprattutto con riferimento agli atti che hanno come fine «l'amministrazione» (cura) di un interesse collettivo, meglio se indifferenziato o diffuso, ancor più se a carattere non patrimoniale ed in varia guisa indisponibile agli amministratori.

Per tali organizzazioni è normale la ricerca e lo studio delle norme che tutelano l'attribuzione all'ente di beni o poteri (sociali) rispetto alla sfera dei diritti che sono garantiti alle persone che le costituiscono, ma al tempo stesso assumono rilievo le norme che disciplinano l'esercizio dei poteri d'amministrazione dell'ente (ad. es. competenza, convocazione e quorum di collegi, di ammissione o esclusione di un socio, ecc.), secondo linee di ragionamento (interesse dell'ente ovvero interesse dei destinatari dell'azione dell'ente) che appaiono comuni a molti settori del diritto, cui le recenti trasformazioni («privatizzazioni», organizzazioni senza scopo di lucro, ecc.) sono destinate ad offrire un crescente interesse.

Storicamente la distinzione tra esistenza e legittimità dei poteri pubblici si afferma come completamento dell'idea liberale della seconda metà dell'ottocento di attribuire anzitutto al giudice ordinario «dei diritti soggettivi tra privati» anche la giurisdizione sulla lesione di questi da parte dei poteri amministrativi (esistenza), nonché dell'istituzione di un ulteriore

sindacato in capo alla IV sezione del Consiglio di Stato posto ad argine del non infrequente uso scorretto dei poteri che la legge ha attribuito all'amministrazione pubblica (→ MOTIVAZIONE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO; GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA; GIUDIZIO AMMINISTRATIVO; PROCESSO AMMINISTRATIVO; GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA DI MERITO).

Affermatasi la legge come disciplina a tutela delle «libertà», cioè di quelle posizioni individuali che per prime (→ LIBERTÀ PERSONALE; LIBERTÀ RELIGIOSA E DI COSCIENZA; LEGALITÀ) si pongono come diritti nei confronti dell'amministrazione pubblica (poi i diritti civili o diritti sociali), diviene semplice applicazione del principio di specialità (→ LEGGE E INTERPRETAZIONE) pretendere che sia prevista in legge l'esistenza di un potere dell'amministrazione pubblica in deroga alla definizione legislativa di un diritto soggettivo (21). Appare così conseguente che alla legge, come fonte unitaria del diritto oggettivo, delle definizioni che in astratto individuano diritti soggettivi e poteri pubblici, segua l'unità della sua interpretazione giurisdizionale, che caso per caso (in concreto) individua i confini tra diritti e poteri, ovvero se si preferisce l'interpretazione dei confini della tutela offerta dal diritto soggettivo al suo titolare verso chiunque, foss'anche l'amministrazione pubblica e i suoi poteri.

La sottoposizione dell'amministrazione alla legge si completa dunque con la giurisdizione del giudice ordinario a tutela dei diritti soggettivi (l. 20-3-1865, n. 2248, All. E, art. 2) dei confini di questi, anche verso l'amministrazione pubblica (→ GIURISDIZIONE ORDINARIA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE), che reciprocamente involgono l'esistenza giuridica, il fondamento dei poteri pubblici, ogni qualvolta si tratti di interpretare la definizione astratta che la legge offre dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica (es. potere di ordinare la chiusura di uno stabilimento insalubre) in deroga alla generale protezione dei diritti soggettivi (iniziativa economica privata).

Interpretazioni che il giudice ordinario può definire senza più arrestarsi di fronte ad atti formali dalla pubblica amministrazione, poiché legittimato a verificare direttamente il fondamento dei poteri pubblici (l. 20-3-1865, n. 2248, All. E, artt. 2, 4 e 5), cioè se «oltre i sigilli del re, o la firma di un suo ministro», la legge ha previsto l'esistenza di un potere amministrativo, negando la protezione del diritto soggettivo. La costruzione pone un'alternativa tra potere amministrativo e diritto soggettivo, ove c'è giuridica esistenza di un potere pubblico vi è giuridico difetto della posizione di diritto soggettivo e viceversa (22). La successiva elaborazione si precisa nella distinzione tra norme di relazione (nel genus norme di esistenza) dei poteri dell'amministrazione pubblica e norme di azione, riferendosi la prima alle norme primarie che definiscono il confine tra diritti e poteri

pubblici, come fonte unitaria (legge) di tali alternative posizioni giuridiche, indicando la seconda il legittimo esercizio dei poteri stessi (v. *infra*, par. 5).

La distinzione tra norme di relazione e di azione (23) si afferma nella più profonda convinzione che ogni posizione soggettiva trovi necessaria sintesi e definizione anzitutto in un ordinamento unitario, cioè nella possibilità per una comunità di affermarsi come ordinamento originario e di esistere come ordinamento generale a tutti comune, senza disconoscere nell'unità la pluralità degli ordinamenti giuridici, di quelli fondati sull'autonomia privata non meno di quelli la cui autonomia non può non dirsi pubblica, siano poi essi dall'ordinamento generale unicamente riconosciuti, promossi, o istituiti, ovvero contrastati (illeciti), o considerati con indifferenza. Ordinamento generale dunque come primo parametro di validità degli atti e provvedimenti amministrativi (norme di esistenza, norme di relazione), ordinamento generale la cui manifestazione più nota è la legge, ma ancora prima la Costituzione, o le norme europee, ogni qualvolta offrano la disciplina delle posizioni soggettive riconosciute nel nostro ordinamento (24), come poteri pubblici o diritti soggettivi. Da tempo si sono individuati i vizi degli atti e provvedimenti che conseguono alla violazione delle norme che definiscono l'esistenza giuridica dei poteri amministrativi, secondo definizioni peculiari, da taluno indicati come difetto degli elementi essenziali degli atti amministrativi, da altri riviste alla luce dei casi di nullità previste dal codice civile per i contratti (art. 1418 c.c.), norme la cui violazione determina l'inesistenza, secondo altri la nullità, o l'illiceità dell'atto amministrativo (25).

Quest'ultima denominazione sottolinea l'immediato riflesso lesivo (illiceità siccome ingiustizia, scorrettezza, inadempimento, ecc., v. *supra*, par. 1) della posizione di diritto soggettivo del destinatario dell'atto invalido, che è emanato dall'amministrazione pubblica in violazione delle norme di relazione che definiscono il confine tra poteri pubblici e diritti soggettivi, con denominazione che sottolinea la possibilità per il danneggiato di ottenere la riparazione del danno eventualmente subito.

Invalidità che incidono sull'atto perché non sono state osservate le norme che definiscono la giuridica esistenza di un potere pubblico, cioè di quelle norme che istituzionalmente (riserva di legge, attribuzioni di organi costituzionali, o di rilevanza costituzionale, o europea), o per scelta del legislatore (ad es. forma prescritta ad substantiam), impongono elementi che sono indisponibili all'amministrazione pubblica, che rispetto all'autonomia dell'amministrazione possono ritenersi «norme imperative».

Al di là delle denominazioni (inesistenza, illiceità, nullità, inapplicabilità) costituisce elemento comune

dei vizi in esame proprio il contrasto con norme istituzionali (art. 1418, 1° co., c.c.), o con quelle che sono frutto di una scelta del legislatore (art. 1325, n. 4, c.c.; art. 1418, 3° co., c.c.), poiché contrarie alle norme dell'ordinamento giuridico generale che sono «imperative» per le autonomie, poiché definiscono i limiti entro i quali è riconosciuta una autonomia pubblica o privata. Tale carattere comune di limite alle autonomie pare avvicinare e giustificare l'utilizzazione della nullità come categoria di invalidità degli atti e provvedimenti amministrativi (26), anche se può apparire peculiare il relativo trattamento giuridico, ove in luogo dell'inefficacia se ne prevede la disapplicazione (v. *infra*, par. 6).

Con particolare riferimento agli enunciati che il legislatore deve prevedere per soddisfare una riserva di legge [→ LEGGE (RISERVA DI)] si è da tempo chiarito che elementi essenziali della definizione legislativa del potere amministrativo sono: il soggetto attivo, il tipo di prestazione imposta, i destinatari (27), secondo enunciati che unitariamente intesi sono normalmente ricondotti al principio di legalità dei poteri dell'amministrazione pubblica (→ LEGALITÀ).

Quanto al soggetto attivo le denominazioni variano con indifferenza tra difetto di attribuzioni ed incompetenza assoluta, ove a fianco dei rari casi di atti amministrativi che pretendono di essere esercizio di altre funzioni (legislativa, giurisdizionale, ecc.) si annoverano ipotesi di atti emanati da amministrazioni che insistono in altro territorio (sindaco che rilascia concessione edilizia per un immobile sito in un comune limitrofo), ovvero che non hanno alcuna attribuzione di poteri nella materia (provveditore alle opere pubbliche che rilascia un diploma di studio), proprio a seguito della acquisita rilevanza in diritto amministrativo della distinzione tra incompetenza assoluta e incompetenza relativa (presidente di giunta regionale che autorizza un centro trapianti di competenza del ministero della sanità), o secondo altra denominazione tra difetto di attribuzioni e incompetenza (→ COMPETENZA E REGOLAMENTO DI COMPETENZA).

Alla definizione del soggetto attivo contribuiscono non poche norme costituzionali che definiscono la competenza del presidente della repubblica, del governo, del consiglio superiore della magistratura, del ministro di grazia e giustizia, delle regioni, dei comuni e delle province, ecc., indicando un vizio dei relativi atti amministrativi che talora si specifica come conflitto tra poteri dello Stato, tra Stato e regioni, tra regioni (→ CONFLITTI COSTITUZIONALI; CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE E DI GIURISDIZIONE).

Quanto alla definizione che più direttamente involge il rapporto tra poteri pubblici e diritti soggettivi l'attenzione si incentra sul contenuto che può assumere un provvedimento amministrativo in ordine al quale

è stato selezionato da tempo il vizio di «carenza di potere» (28), con denominazione che ben rappresenta il difetto dell'amministrazione che ha emanato un provvedimento in violazione delle norme di relazione, cioè di quelle norme di legge che per ragioni istituzionali (*supra*, par. 3) hanno ad oggetto la definizione dei confini tra i poteri dell'amministrazione pubblica e i diritti soggettivi.

A tutela delle libertà possono essere ritrovati i casi dell'imposizione di tributi non previsti con legge (art. 23 Cost.), della sottoposizione ad autorizzazione preventiva di riunioni in luoghi pubblici (art. 17 Cost.), o di processioni o feste religiose (29), ovvero che in varia guisa incidono sulla libertà di pensiero o della personalità (30).

Una copiosa casistica giurisprudenziale sulla «carenza di potere» attiene alla lesione del diritto di proprietà subita dal destinatario del decreto di espropriazione emanato oltre i termini, o in difetto della dichiarazione di pubblica utilità (31), ma la questione si pone anche con riferimento all'iniziativa economica privata (→ ESPROPRIAZIONE; ORDINI E ORDINANZE; AMBIENTE) (32).

Le ipotesi indicate dal vizio di «carenza di potere» non sono omogenee. In taluni casi la difformità del provvedimento si afferma come difetto di una (legittima) previsione legislativa o di norma europea del potere (carenza di potere in astratto) dell'amministrazione [imporre l'autorizzazione preventiva delle riunioni, ovvero per mancata conversione di un decreto legge (33), ecc.], ovvero (carenza di potere in concreto) come mancanza di taluni elementi essenziali del provvedimento, o di presupposti richiesti dalla legge affinché un potere possa dirsi esistente in capo all'amministrazione (ad es. dichiarazione di pubblica utilità).

In altri la valutazione è più complessa e si pone come ulteriore rispetto alla semplice verifica della conformità della prestazione imposta a quella astrattamente prevista in legge, cioè si verifica ogni qualvolta manchi la dichiarazione di pubblica utilità ovvero il provvedimento in concreto abbia sciolto un conflitto tra posizioni soggettive ugualmente tutelate in legge in modo difforme da quanto previsto dall'ordinamento nel suo complesso (principi). L'ipotesi è soprattutto offerta dai casi in cui il legislatore si limita a prevedere il potere dell'amministrazione pubblica di imporre prestazioni di facere (precettazione di sanitari, ingegneri, ecc. a favore di popolazioni terremotate; trattamenti sanitari obbligatori, ecc.) ove permane la necessità di risolvere il conflitto tra interessi parimenti tutelati in legge (diritti soggettivi), optando a favore di taluno tra essi (diritto di sciopero-diritti degli utenti di un servizio pubblico; diritto alla famiglia del sanitario precettato-diritto alla salute dei terremotati).

L'amministrazione opera infatti un giudizio di prevalenza tra posizioni soggettive di cui occorre verificare, oltre la definizione generale ed astratta del legislatore, anche la conformità in concreto del provvedimento ai principi dell'ordinamento giuridico, cioè a quella sintesi tra posizioni soggettive, storicamente determinata, che appare necessaria ad un ordinamento (ad una comunità) per continuare ad essere unitario.

Con la locuzione «carenza di potere» si indica un processo logico che impone di verificare se il giudizio di prevalenza tra posizioni soggettive offerto dall'amministrazione con l'emanazione del provvedimento sia conforme alla definizione dei poteri e dei diritti soggettivi offerta dall'ordinamento generale. In talune ipotesi potrà essere sufficiente verificare (in astratto) la conformità con quanto direttamente disposto dal legislatore con l'attribuzione del potere (requisizione di alloggi sfitti per i senza tetto), in altri invece pare necessaria una verifica ulteriore di conformità (in concreto) ai principi dell'ordinamento giuridico, ogni qualvolta sia sciolto dall'amministrazione in un caso concreto un conflitto tra posizioni soggettive non direttamente risolto dalla legge (requisizione di alloggi occupati, precettazione di un medico insostituibile nella cura di altri malati, ordine di accogliere bisognosi di cure mediche ad un ospizio per indigenti), con conseguente possibilità per il giudice ordinario di verificare in concreto il bilanciamento tra beni giuridici (diritti soggettivi) operato dall'amministrazione pubblica in conformità alla legge e ai principi dell'ordinamento giuridico (→ ORDINAMENTO GIURIDICO; LEGGE REGIONALE; ORDINE PUBBLICO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO; ORDINE E ORDINANZA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO).

L'esigenza unitaria, cui pare rispondere l'elaborazione del vizio denominato «carenza di potere», è quella di consentire di rispondere ad una domanda che appare pregiudiziale, poiché il destinatario di un provvedimento amministrativo deve conoscere anzitutto se, al di là della corretta e minuziosa osservanza dei vincoli procedurali (v. *infra*, par. 5), l'amministrazione pubblica si veda conferita dall'ordinamento quella posizione di potere. Non si tratta di questione logica ma di scelta di diritto positivo, di conformità ad un ordinamento in un determinato periodo storico, tra ciò che è pubblico rispetto a quanto è garantito a ciascuno come diritto soggettivo, senza perciò rinunciare a pretendere la correttezza dell'esercizio dei poteri pubblici (*infra*, par. 5). Disposizioni che in un ordinamento assumono il carattere di norme di relazione in altri possono costituire norme di azione, o viceversa i limiti di legge o di norme europee ai poteri pubblici che in determinati periodi storici si affermano come tutela di un diritto soggettivo, possono in altri divenire norme

sulla legittimità dell'atto amministrativo, cioè unicamente definizione di un corretto esercizio di un potere che si suppone esistente in capo all'amministrazione pubblica.

«Carenza di potere» come difetto del titolo giuridico necessario all'amministrazione pubblica per affermare la sua posizione di potere con favore per taluno, o altro interesse, che nella comunità si presentano in conflitto, poiché non ogni interesse purché pubblico prevale nel nostro ordinamento su quello denominato «privato», non ogni interesse collettivo è di per sé foriero di poteri pubblici, ma unicamente quelli che l'ordinamento generale (italiano ed europeo), nella sua forza di fonte del diritto di tutti i soggetti che vi pertengono, ha ritenuto prevalenti, con soluzione che all'opposto può assumere invece preferenza per le posizioni soggettive che sono ritenute resistenti alle definizioni di potere pubblico e perciò sono chiamate diritti soggettivi.

Carenza di potere come difetto di una ragione giuridica obiettiva (legge, principi dell'ordinamento) del potere vantato dall'amministrazione pubblica, che si riverbera nell'atto come vizio causale dell'attribuzione di un potere all'amministrazione pubblica nei confronti delle altre posizioni soggettive, poiché quest'ultime sono state prescelte nel conflitto come diritti soggettivi protetti anche nei confronti dell'«autorità» amministrativa.

L'affermazione del vizio di «carenza di potere» ha forse determinato l'abbandono di ogni ricerca sulla «causa» dell'atto amministrativo, frenando una evoluzione che, superata l'individuazione dell'interesse pubblico come elemento di definizione del vizio di eccesso di potere, ha ricercato nella causa l'elemento di definizione del contenuto dell'atto che esprime la relazione giuridica voluta dall'ordinamento tra interessi pubblici e privati contrapposti, come «ragione oggettiva» dell'attribuzione di un potere all'amministrazione pubblica, il cui difetto determina l'inesistenza, la nullità, o l'illiceità dell'atto amministrativo (34).

Minori questioni hanno posto altri vizi che incidono sull'esistenza del potere e che si riferiscono all'oggetto, ai destinatari, o alla forma scritta ad substantiam degli atti e provvedimenti amministrativi.

Il richiamo dell'art. 1346 e dell'art. 1418, 2° co., del codice civile ha indotto a contemplare tra gli elementi essenziali del provvedimento il requisito dell'oggetto, lecito, determinato o determinabile, talvolta come assorbente la definizione giurisprudenziale della «carenza di potere», talaltra riproponendo elaborazioni note in materia di nullità dei contratti, con specifico riferimento ai beni mobili o immobili (ad es. decreto di occupazione), o all'oggetto delle prestazioni imposte con ordini (facere) o divieti (non facere), ove si enunciano ipotesi di difficile

riscontro casistico, ma di sicuro effetto didattico (mancanza: requisizione di un alloggio inabitabile; illecito: ordine di commettere un reato; indeterminabile: indicazione generica dell'area oggetto di espropriazione, o dei lavoratori oggetto di precettazione, senz'altro elemento utile a individuarli esattamente).

Elemento essenziale della definizione del potere pubblico (35) è l'individuazione degli esatti destinatari, o soggetti passivi del potere, da alcuni indicati anche come oggetto della prestazione imposta, nel senso che i provvedimenti amministrativi debbono essere diretti verso coloro che risultino nel caso concreto i titolari della posizione soggettiva che la norma di relazione attributiva del potere ha preso astrattamente in considerazione assoggettandola all'interesse pubblico (il titolare del fondo oggetto di espropriazione). Per i poteri che hanno ad oggetto beni in proprietà sono considerati «esatti destinatari» oltre ai proprietari anche l'eventuale fruitore del bene (locatore, comodatario, ecc.), ove si imponga unicamente di eseguire un ordine di manutenzione, lasciando alle parti del rapporto civile (locatore-conduttore) la ripartizione delle spese eventualmente occorse (straordinarie, ordinarie, ecc.).

Sono d'eccezione le ipotesi in cui una disposizione di legge preveda a pena di nullità (ad substantiam) la forma scritta degli atti e dei provvedimenti amministrativi (per gli accordi l. 7-8-1990, n. 241, artt. 11 e 15), anche se è normale vedere affermato un principio generale sulla forma scritta degli atti amministrativi, peraltro ripreso dalla giurisprudenza per affermare la nullità dei contratti con la pubblica amministrazione anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 1350 c.c. (36).

Al di fuori delle manifestazioni di volontà dirette alla conclusione del contratto, si può osservare che è normale la previsione di una redazione per iscritto del «processo verbale» relativo a fatti che costituiscono l'emanazione di atti amministrativi (deliberazioni degli organi collegiali, irrogazione di sanzioni amministrative, ecc.), di cui il «verbale» è prova, sino a querela di falso, dell'emanazione stessa.

Non pochi sono gli atti amministrativi che assumono una forma diversa utilizzando disegni (piano regolatore, progetti di opere pubbliche, cartelli autostradali), gesti (vigile urbano), luci o suoni convenzionali (squilli di tromba, semaforo, ecc.), né sono rari i casi di atti amministrativi la cui forma ordinaria è quella orale, anche ove il destinatario sia legittimato a richiederne la ripetizione per iscritto (ad es. pubblico impiego, ordinamento militare, ecc.).

Certo la scrittura si è affermata come normale modo di rappresentare gli atti compiuti dagli uffici dell'amministrazione pubblica, storicamente come scrittura in lingua italiana, anche congiuntamente a quella

delle minoranze che ricevono una tutela costituzionale (artt. 3, 6 e 116 Cost.), scrittura che avveniva su carta (talvolta bollata) che invece più di recente, a seguito delle disposizioni aventi ad oggetto l'informaticizzazione dell'amministrazione pubblica, si può riconoscere come scrittura «su supporto informativo». «Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati. In tali casi «... l'immissione, la riproduzione... e la trasmissione di ... documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi... devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione (art. 3, 1° co., d.lg. n. 39 del 1993, cit.).

«Se per la validità... degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile.» (d.lg. n. 39 del 1993, cit.) (37).

(18) V. gli Autori indicati in bibliografia; con particolare riferimento alle posizioni soggettive di cui risultano titolari i destinatari dell'attività amministrativa: NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo*, FI, 1987, V, 469; A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1989, 511 s.; TRAVI, FI, 1998.

(19) Per tutti: SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, RDP, 1949; CARANTA, *L'inesistenza degli atti amministrativi*, Milano, 1990; cfr. gli Autori citati alle note che seguono, in particolare gli scritti di Guicciardi e Romano; in giurisprudenza da ultimo Cass., S.U., 6-5-1998, n. 4573, FI, 1999, I, 236.

(20) La questione non riguarda solo le organizzazioni senza scopo di lucro, ma assumono rilievo anche le note analisi che, a partire dagli anni '30, hanno posto in luce la distinzione tra gestione (manager) e proprietà dell'ente che svolge attività d'impresa, per tutti: BERLE MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932, tr. it. di UGHI, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966; da ultimo nel senso indicato in testo pare: CORSO, *Validità*, cit., 89.

(21) SPAVENTA, *Lo Stato e le ferrovie*, Milano, 1876; SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 488 s.; ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), poi in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 206 s.

(22) Correttamente invece CORSO, *Validità*, cit., 100, analizzando la tesi della «degradazione», critica la diversa contrapposizione tra atto autoritativo e diritto soggettivo, poiché l'affermazione risulterebbe incompatibile con la previsione (artt. 2, 4 e 5, l. 20-3-1865, n. 2248, All. E) di una disapplicazione degli atti lesivi delle posizioni di diritto soggettivo; egualmente da condividere sono le considerazioni critiche sul carattere «imperativo» dei provvedimenti amministrativi (99) come elemento ulteriore rispetto alla «unilateralità» dell'atto amministrativo.

(23) GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1954, la tesi è ripresa successivamente in chiave di pluralità degli ordinamenti giuridici da A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; Id., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo "Cento anni di giurisdizione amministrativa"*, Napoli, 1996, 79 s.; Id., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, II, 513 s.; Id., *Interesse legittimo e ordina-*

mento amministrativo, *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 s.

(24) Per l'influenza della disciplina europea sugli appalti da ultimo: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., 19-20.

(25) SANDULLI, *Manuale*, cit., 644 s.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 34 s., 453 s.; VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1949, 422 s.; CARANTA, *L'inesistenza degli atti amministrativi*, Milano, 1990.

(26) È indicata espressamente la nullità come definizione dei vizi che limitano la giurisdizione amministrativa: C. St., sez. IV, 29-1-1993, n. 118, FA, 1993, 93; Id., sez. V, 16-7-1984, n. 552, CS, 1984, I, 849.

(27) Ritiene necessaria la predeterminazione legislativa dell'oggetto del potere Di GIOVINE, *Introduzione allo studio sulla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 167; di predeterminazione dell'oggetto e dei soggetti passivi FEDELE, *Rapporti civili*, art. 23, in *Comm. della Cost.*, Bologna-Roma, 1978, 99-105, ed *ivi* riferimenti (spec. nt. 16 s.) di dottrina e giurisprudenza soprattutto in materia di prestazioni patrimoniali; ancora TOSATO, *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, Milano, 1970, 2130 s., che richiede la determinazione con l. oltre dei soggetti passivi e dell'oggetto anche dei presupposti. Infine FOIS, «Legalità (principio di)», in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 686 s., spec. 890, ove parla di necessità di predeterminazione in legge della materia (dell'oggetto del provvedimento); cfr. LOMBARDI, *Problemi costituzionali in materia tributaria*, in *Temi tributari*, 1961, 332 s., che ritiene sufficiente anche solo la determinazione di elementi atti a circoscrivere il potere impositivo. In giurisprudenza: C. Cost., 23-3-1960, n. 12, GiC, 1960, I, 112; Id., 14-2-1962, n. 4, *ivi*, 1962, I, 31; Id., 9-4-1963, n. 39, *ivi*, 1962, I, 142; Id., 3-5-1963, n. 55, *ivi*, 1963, I, 490; ritiene che il soggetto passivo possa a volte risultare per implicito: C. Cost., 29-3-1972, n. 56, *ivi*, 1972, I, 254; Id., 18-6-1963, n. 93, *ivi*, 1963, I, 774; Id., 24-4-1967, n. 52, *ivi*, 1967, I, 328; per un caso di prestazioni alternative (ma entrambe determinate) C. Cost., 24-7-1972, n. 144, *ivi*, 1972, I, 1465; per casi limite: C. Cost., 3-7-1967, n. 76, *ivi*, 1967, I, 958; Id., 13-7-1963, n. 127, *ivi*, 1963, I, 1404; è sufficiente l'individuazione del soggetto attivo e passivo della prestazione attraverso un accertamento tecnico della pubblica amministrazione di un requisito genericamente definito con l. (bacino imbrifero): C. Cost., 8-7-1957, n. 122, *ivi*, 1957, I, 1101; per la determinazione dei soggetti passivi in base a coloro che hanno interesse ai servizi di borsa: C. Cost., 5-5-1988, n. 507, FI, 1988, I, 2098.

(28) Cass., 9-6-1995, n. 6542; Cass., S.U., 29-1-1993, n. 1155, GI, 1994, I, 1, 1406; Cass., S.U., 9-11-1992, n. 12071, FI, 1994, I, 579; Cass., S.U., 29-5-1992, n. 6477, RGE, 1993, I, 52; Cass., 23-6-1989, n. 2994, GI, 1989, I, 1, 1806; Cass., S.U., 17-11-1984, n. 5841, FI, 1985, I, 131.

(29) Cass. pen. Torino, 11-7-1877, in cui si giudica del comportamento del curato di Pescarolo che, «previo suono di campana, con croci, ceri, e cantando salmi» eseguiva una processione religiosa (la sentenza è pubblicata in nota a Cass. pen. Torino, 13-5-1877, in *Riv. amm. del Regno*, 1877, 479, entrambe negano l'esistenza del reato sulla base della circostanza che l'esercizio del culto è un diritto come si evince dalla tutela penale dell'art. 183 dell'allora vigente c.p. L'annotatore rivela che nello stesso periodo la Corte di Cassazione di Torino aveva provveduto ad annullare altre 13 sentenze dei pretori locali per eguale ragione giuridica. V. infine il parere del C. St. 3-6-1873, in *Riv. amm. del Regno*, 1874, 81, che ritiene impossibile prescrivere regole per gli orari delle funzioni religiose dentro o fuori le Chiese.

(30) Ad una banda musicale venne proibito di suonare nelle vie pubbliche sino a nuovo avviso: Cass. pen. Torino, 9-12-1880, ric. Ruffoni, in *Riv. amm. del Regno*, 1881, 399. Un prefetto di Cremona proibì «le maschere o i travestimenti in qualunque

modo riprovevoli per indebite allusioni alla classe dei sacerdoti ed alla religione cattolica»: Cass. Torino, 30-5-1888, ric. Manelli, in *Riv. amm. del Regno*, 1888, 557. Divieti di «abbigliamento succinti ... a chiunque passi per le piazze o vie ove sussistono chiese, conventi, o edifici monumentali» (*La Repubblica*, 1-8-1987). V. inoltre i divieti prefettizi di affissione e diffusione di manifesti (Pret. Alessandria, 8-2-1962, imp. Gemma, FI, 1962, II, 138), di sequestro di stampati a carattere politico (C. Cost., 27-5-1961, n. 26; Cass. pen., sez. III, 27-5-1955, imp. Tombesi, GP, 1955, II, 970; T. Milano, 9-12-1960, imp. Pizzigoni, FI, 1961, II, 20; P. Livorno, 13-1-1956, imp. Giusti e Cianetti, GiC, 1956, 853), o di divieto di «strillonaggio» e vendita di giornali politici a domicilio (C. Cass., 2-7-1955, imp. Pozzolini, FI, 1955, II, 217).

(31) Per tutti: Cass., 22-5-1996, n. 4717, GC, 1996, I, 2572; Id., 22-11-1996, n. 10327, FI, 1997, I, 500; Id., 22-2-1995, 1962, GC, 1995, 529; Id., 14-4-1993, n. 4380, RGE, 1994, I, 737. Per un caso di esercizio oltre i termini della prelazione su beni di interesse artistico e storico: Cass., S.U., 6-5-1994, n. 4386, FI, 1995, I, 895; per ipotesi di concessione ex lege dell'uso di un bene demaniale: Cass., 24-8-1989, n. 3750, in *RAVVS*, 1989, I, 232.

(32) Si pensi alle requisizioni di azienda, alle precettazioni, o alle prescrizioni in materia di tutela ambientale, o sanitaria. Per un caso dell'altro secolo si veda l'ordine del sindaco di Roma di occupare, salvo indennizzo, i locali di istituti di beneficenza ospedaliera al fine di ricoverarvi alcuni malati febbricitanti: C. St., parere, 30-7-1871, n. 3123-1697, in *Riv. amm. del Regno*, 1872, 596, che risponde positivamente apponendo due condizioni: che l'istituto non sia impedito, a seguito dell'occupazione, nell'esercizio della beneficenza speciale e non vi sia aggravio né danno nella sua azienda economica.

(33) Art. 17, 2° co., Cost.; oltre il caso delle processioni religiose sopra citato, nt. 37, v. Cass., 29-1-1993, n. 1155, GI, 1994, I, 1, 1406.

(34) La causa è ricondotta al vizio di eccesso di potere, tra i molti da: MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934; FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, FI, 1932, III, 290; A. LEVI, *La fonction de la cause dans les actes juridiques*, in *Revue Inten. de la Théorie du droit*, 1939, 327. Indica invece la causa come vizio di inesistenza dell'atto amministrativo: CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 310, 391; nonché cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*², Padova, 1953, 136; per la causa come giudizio relazionale: M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 315; Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 187. Per un riesame delle teorie sulla causa dell'atto amministrativo: L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 147 s.

(35) Considera carenza di potere l'indeterminazione del bene oggetto di espropriazione: Cass., sez. I, 15-7-1996, n. 6406. Ritiene che i destinatari (soggetti passivi) debbano risultare dalla definizione legislativa quanto meno per implicito: C. Cost., 29-3-1972, n. 56, GiC, 1972, I, 254; Id., 18-6-1963, n. 93, *ivi*, 1963, I, 774; Id., 24-4-1967, n. 52, *ivi*, 1967, I, 328.

(36) In materia di trasgressioni valutarie: Cass., sez. I, 11-10-1996, n. 8881; Id., sez. I, 27-7-1994, n. 7027; Id., sez. I, 24-7-1990, n. 7500. In materia di contratti: Cass., sez. I, 30-7-1996, n. 6908, FI, 1997, I, 891; Id., 23-4-1996, n. 3843; Id., sez. II, 29-8-1994, n. 7575, FI, 1995, I, 555; Id., sez. I, 12-5-1995, n. 5179; C. Conti, sez. contr., 4-4-1995, n. 51, CS, 1995, II, 1805. Molte delle decisioni rivelano ad una attenta lettura l'assenza da parte dell'amministrazione pubblica di una previa deliberazione a contrarre, ovvero la mancanza della stipulazione del legale rappresentante, potendosi così ricondurre l'ipotesi alla mancanza dell'accordo, ovvero alla figura del falsus procurator. Temperano l'indicato

principio della forma scritta per i contratti: Cass., sez. II, 26-5-1992, n. 6299; Id., 29-10-1981, n. 5702, *AGOP*, 1981, II, 473.
 (37) Art. 22, l. 7-8-1990, n. 241; d.lg. 12-2-1993, n. 39; art. 15, d.lg. 25-2-1995, n. 77; l. 15-3-1997, n. 59; art. 419-bis c.p.; Direttiva del Consiglio 24-10-1995, n. 95/46/CEE; l. 31 dicembre 1996, n. 675; d.p.r. 10-11-1997, n. 513. Per casi anteriori all'indicato d.lg. n. 39 del 1993, considera illegittimo l'uso delle registrazioni per le verbalizzazioni: T.A.R. Lazio, sez. I, 27-12-1994, n. 2023, *TAR*, 1995, I, 29; per caso di utilizzo del telex T.A.R. Campania, sez. Salerno, 30-5-1988, n. 166, *L/80*, 1988, 1136. In dottrina: FERRARA, *Premesse ad uno studio sulle banche dati della pubblica amministrazione: fra regole della concorrenza e tutela della persona*, in *Dir. amm.*, 1997, 555 s.; DUNI, *Il documento informatico: profili amministrativi*, in *Legalità e giustizia*, 1995, 362; Id., *Il procedimento amministrativo tra l. 7 agosto 1990 n. 241 ed introduzione dell'amministrazione telematica*, *FA*, 1995, 226; MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico - Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1992; MINERVA, *L'atto amministrativo in forma elettronica e la sicurezza dei sistemi informativi pubblici*, *DII*, 1995, 939; D'AMATO, *L'integrazione dei sistemi informativi esistenti per l'attuazione della legge: necessità, modalità e soluzioni tecnologiche*, in *Funzione pubbl.*, 1991, fasc. 2, 25; RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, *TAR*, 1989, II, 259.

5. La validità degli atti amministrativi come conformità agli ordinamenti particolari delle pubbliche amministrazioni: la disciplina sul corretto esercizio dei poteri pubblici. I poteri pubblici tra esercizio di funzioni ed autonomia pubblica. Norme di azione e vizi di legittimità degli atti amministrativi.

Dopo avere precisato che i poteri dell'amministrazione pubblica esistono in quanto sono previsti in legge, sottoposta l'interpretazione di tali disposizioni al «giudice naturale» dei diritti soggettivi (artt. 25, 24, 102, 103, 113, Cost.), è stata successivamente risolta nel volgere di pochi anni (1865-1889) l'ulteriore questione della correttezza che deve osservare la pubblica amministrazione nell'esercitare i poteri ad essa attribuiti.

La questione non è di ordine logico, ma si afferma come principio istituzionale che impedisce all'organizzazione pubblica di divenire ineffettiva, cioè di vedere un giorno sconosciuti i propri atti perché percepiti come illogici, perché adottati senza una previa ed adeguata istruttoria, contraddittori rispetto ad altri atti del procedimento, o alla prassi, o anche ad una sola decisione adottata per un caso uguale, ovvero incomprensibili ai destinatari perché la motivazione appare insufficiente a giustificare la decisione assunta dall'amministrazione, e così via (→ ECCESSO DI POTERE).

Ragioni, si è detto, che possono più di recente divenire oggetto della teoria generale degli atti delle organizzazioni, come analisi sui limiti di azione che per ciascuna istituzione sono ritenuti peculiari, tra cui si individuano gli enti, come l'amministrazione pubblica, ove l'esercizio dei poteri è funzione, cioè ove i poteri non sono attribuiti al titolare per consentire la soddisfazione di un suo bisogno, ma per un interesse

collettivo, a favore di coloro che sono i «beneficiari» dell'azione dell'ente stesso.

Perseguire interessi pubblici è storicamente per l'amministrazione pubblica un dovere istituzionale, perciò sul finire del secolo scorso è apparso indispensabile tentare di porre un argine all'«abuso dei poteri» di cui era titolare l'amministrazione pubblica approntando gli strumenti normativi a tal fine necessari (38). La legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato (l. 31-3-1889, n. 5992; poi r.d. 2-6-1889, n. 6166, t.u. della l. sul Consiglio di Stato, che coordina la precedente con la l. 20-3-1865, n. 2248 all. D, poi r.d. 26-6-1924, n. 1054, art. 26 s.) enuncia così «l'incompetenza, la violazione di legge, l'eccesso di potere» come tre vizi di «legittimità» dell'atto amministrativo che una volta accertati consentono di pervenire all'annullamento dell'atto stesso (v. *infra*, par. 6).

Vizi di legittimità che segnano la rilevanza giuridica della correttezza dell'amministrazione pubblica nell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge o dalle norme europee, legittimità intesa come secondo parametro di validità degli atti e provvedimenti amministrativi, che si afferma nel tempo come conformità alle norme di azione che in varia guisa definiscono il corretto esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica.

Norme di azione che delimitano le modalità di esercizio dei poteri, cioè le funzioni attribuite all'amministrazione pubblica: anzitutto la distribuzione delle competenze tra gli organi dell'organizzazione pubblica (→ COMPETENZA), il procedimento che disposizioni generali e astratte prescrivono per emanare l'atto (→ VIOLAZIONE DI LEGGE), infine l'osservanza del principio istituzionale che impone di perseguire l'interesse pubblico assumendo comunque decisioni logiche per il caso concreto e comprensibili per gli amministrati (→ ECCESSO DI POTERE).

Norme di azione che costituiscono l'ordinamento particolare della pubblica amministrazione (39), dei rapporti tra questa e gli amministrati, disciplina sull'esercizio dei poteri pubblici che, oltre il principio istituzionale sopra indicato, si è manifestata storicamente anzitutto in regolamenti amministrativi del governo e degli altri enti dotati di autonomia, poi in leggi formali del parlamento, o atti aventi forza di legge, con eguali contenuti d'amministrazione, più di recente si è affermata nella legislazione regionale (→ LEGGE REGIONALE).

Norme principio o norme scritte, europee o di legge, o regolamento amministrativo, che definiscono la legittimità dell'esercizio dei poteri pubblici, cioè il limite oltre il quale è parso intollerabile (abuso) la manifestazione di una indiscussa posizione di potere dell'ente pubblico, il limite entro il quale si può af-

fermare un corretto esercizio delle funzioni pubbliche.

Disciplina della funzione amministrativa pubblica che alla fine del secolo scorso pare ispirata all'idea di un'amministrazione «secondo la legge» (40), che consente di consolidare l'esigenza a quel tempo essenziale della creazione di un'amministrazione statale unitaria, secondo la moderna volontà del parlamento, che in tal modo si afferma, oltre la disciplina dei diritti soggettivi, con norme che hanno ad oggetto una «corretta amministrazione della cosa comune». Disciplina delle funzioni amministrative pubbliche che in fine di questo secolo pare disegnarsi nuovamente come autonomia degli enti pubblici entro i limiti stabiliti dalla legge: una crescente delegificazione (da ultimo: art. 20, l. 15-5-1997, n. 127) pare restituire alle norme regolamentari quell'autonomia normativa che è istituzionalmente propria delle amministrazioni pubbliche (→ AUTONOMIA NEL DIRITTO PUBBLICO), secondo un percorso storico che sembra riaffermare una «responsabilità» giuridica (legittimità) ed economica (efficienza, efficacia ed economicità) degli uffici pubblici nella cura degli interessi che agli stessi sono stati affidati dall'ordinamento generale.

(38) Le polemiche si accesero in particolare sull'uso illegittimo delle prefetture del potere di autorizzazione all'apertura di uffici industriali, o di commercio, di frequente negate o ritardate, ovvero al contrario largamente dispensate, rispettivamente contro o a favore degli oppositori o sostenitori del partito al governo. V. la vicenda in MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di S. Spaventa*, Napoli, 1979, 115 s. (39) A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 s. Id., *Commento all'art. 26 del T. U. sul consiglio di Stato (Premessa)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, Padova, 1992; Id., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Napoli, 1996, 57 s.

(40) SPAVENTA, *Discorsi parlamentari*, Roma 1913; Id., *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 456; SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 488 s.; MAROTTA, *Stato di diritto*, cit., 115 s.; SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 35 s.; ancora molti anni più tardi v. i rilievi di ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo* a cura di Orlando, Milano, 1904, III, 633 s.; ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, 1924, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 206 s.

6. Denominazioni delle specie di invalidità come identificazione di un trattamento giuridico: effetti, sanatoria, rilevanza del giudice. L'inesistenza e l'illegittimità tra dissapplicazione e annullamento degli atti amministrativi.

In chiusura della trattazione sull'invalidità degli atti e dei provvedimenti amministrativi pare necessario

tentare di dissipare alcuni equivoci terminologici intorno al trattamento giuridico che l'ordinamento ha nel tempo definito per i provvedimenti e gli atti amministrativi.

Si è detto che le specie di invalidità sono state classificate e si sono diffuse nei diversi settori della scienza giuridica a partire dalle elaborazioni che hanno avuto ad oggetto i vizi dei contratti, così come definiti dalla disciplina generale del codice civile, ove si distingue tra cause di nullità (art. 1418 s., c.c.) e di annullabilità (art. 1425 s., c.c.).

Si è detto inoltre che la tipicità ex lege delle specie di invalidità ha portato ad attribuire rilevanza all'inesistenza giuridica di un atto, come categoria ulteriore di creazione dottrinale o giurisprudenziale, non importa ora se interna o esterna alla definizione delle invalidità, ma sufficiente a consentire di affermare «l'inefficacia degli atti affetti da vizi gravi, ma purtuttavia non previsti in legge».

Con particolare riferimento ad altri settori del diritto (→ INVALIDITÀ) hanno assunto rilevanza le ulteriori classi delle nullità assolute e relative, non da ultimo si è affacciata l'ulteriore distinzione tra «annullabilità assolute e relative».

Le diverse denominazioni sono tentativi, quasi sempre insufficienti, di classificare e sintetizzare nel nome il trattamento giuridico previsto per ciascun vizio, ipotizzando che tutte le conseguenze giuridiche possano essere ricondotte alle tre specie di invalidità: l'inesistenza, la nullità, l'annullabilità dell'atto.

Si ritiene normalmente che le cause di nullità impediscono all'atto di produrre effetti, non sono sanabili (artt. 1423 e 1424), l'azione è imprescrittibile (art. 1422), il vizio può essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse ed è rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.). Al contrario l'annullabilità la quale consente all'atto di produrre effetti medio tempore sino all'intervenuto annullamento, è vizio sanabile (convalida: art. 1444), la relativa azione è soggetta a prescrizione o decadenza (artt. 1442 e 2377 c.c.), può essere proposta solo da taluni soggetti a tal fine legittimati (art. 1441 c.c.).

Le aggettivazioni (assolute, relative) indicano il difetto di taluni aspetti del trattamento giuridico ritenuto essenziale alla definizione (la possibilità di una sanatoria, la rilevanza d'ufficio o solo a istanza di parte, la prescrittibilità o decadenza, ecc.), tentando di relegare le ulteriori ipotesi all'inevitabile classe delle eccezioni.

È stato sufficiente richiamare la disciplina delle nullità espressamente previste dalla legge (matrimonio: artt. 117-129 c.c.; testamento: art. 590 c.c.; donazione: art. 799 c.c.; società: art. 2332 c.c.; ecc.) per negare che la disciplina generale sui contratti definisca una alternativa tra nullità e annullabilità come modello di invalidità, cui segue sempre l'indicato trat-

tamento giuridico che si è visto esattamente opposto (prescrittibile-imprescrittibile, sanabile-insanabile, ecc.) (41).

Nel diritto amministrativo il trattamento giuridico del vizio che assume la denominazione di inesistenza, nullità, o illiceità non impedisce all'atto amministrativo di produrre effetti, poiché lo stesso è di volta in volta oggetto di disapplicazione (art. 5, l. n. 2248 del 1865, all. E, cit.) (42), la sanatoria del vizio è possibile solo ex lege, ma non si trova generale conferma dell'opinione preferibile secondo la quale, salvo diversa disposizione di legge, il vizio è rilevabile d'ufficio dal giudice, può essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse (art. 1421 c.c.) e l'azione di accertamento non è sottoposta a termini di prescrizione (art. 1422 c.c.).

Al legislatore del 1865, cui erano sconosciute le attuali classi di invalidità, era parso essenziale chiarire l'«irrelevanza» di ogni atto dell'autorità amministrativa che si fosse rivelato lesivo di un diritto soggettivo («diritti civili e politici»), perché adottato in violazione delle disposizioni che individuano il relativo potere in capo all'amministrazione, con la conseguenza che la legittimazione ad agire e la relativa prescrizione erano sottoposti alla generale disciplina di tutela dei diritti soggettivi.

La successiva evoluzione, che entro certi limiti ha ammesso le azioni di accertamento delle nullità degli atti disciplinati dal diritto privato, parrebbe non escludere eguale soluzione anche per gli atti amministrativi, consentendo a coloro che vi abbiano interesse di chiedere una pronuncia dichiarativa della nullità (inesistenza o illiceità) dell'atto amministrativo emanato in violazione delle norme di relazione.

La disapplicazione dell'atto amministrativo (art. 5, l. 20-3-1865, n. 2248, all. E) attiene essenzialmente alla non considerazione degli effetti prodotti dall'atto sul rapporto giuridico preso in considerazione: la vicenda traslativa del decreto di espropriazione; la vicenda costitutiva della qualità di cittadino italiano, o di concessionario di servizio pubblico, e così via.

La soluzione del 1865, che prevede la disapplicazione degli atti adottati in violazione delle disposizioni che sancivano i confini non disponibili (diritti soggettivi) all'autonomia istituzionale dell'amministrazione pubblica, pare riemergere nella più recente «inapplicabilità» degli atti emanati dagli organi o enti degli Stati membri che risultino in contrasto con norme europee (→ COMUNITÀ EUROPEE), offrendo all'analisi un'occasione di ripensamento su esperienze istituzionali che paiono ripetersi a distanza di tempo, indicando una soluzione generale dei rapporti tra ordinamenti giuridici.

Rapporti tra ordinamenti giuridici, non sempre a carattere territoriale, ma linguistico, culturale o religio-

so, che contestualmente alla rilevata crescita delle sfere protette dai diritti soggettivi, paiono caratterizzare i futuri sviluppi dell'ordinamento ove si troveranno ad operare anche le amministrazioni pubbliche, con conseguente crescente importanza della classe di invalidità (nullità, inesistenza, illiceità) e dei poteri di disapplicazione degli atti, che tradizionalmente sono state conosciute dal giudice ordinario. L'illegittimità è stata invece la categoria delle invalidità degli atti amministrativi che ha imperato in questo secolo, sino a definire per antonomasia il relativo trattamento giuridico. Dalla fine dell'altro secolo i vizi di illegittimità (eccesso di potere, violazione di legge, incompetenza) consentono l'annullamento dell'atto amministrativo con effetto retroattivo sino al tempo della sua emanazione (precarietà dell'atto).

L'annullamento può essere l'esito delle azioni giurisdizionali (→ RICORSO GIURISDIZIONALE AMMINISTRATIVO; GIURISDIZIONE ORDINARIA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE) proposte contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113, ult. co., Cost.), ovvero accogliendo i ricorsi amministrativi (in opposizione, gerarchico, gerarchico improprio: d.p.r. 24-12-1971, n. 1199) proposti entro brevi termini di decadenza (→ RICORSI AMMINISTRATIVI; RICORSO GERARCHICO; RICORSO IN OPPOSIZIONE), ma l'annullamento può essere disposto d'ufficio dal governo (r.d. 3-3-1934, n. 383, t.u. leggi comunali e provinciali, art. 6), o dalla stessa amministrazione pubblica in esercizio dei poteri di autotutela (→ AUTOTUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE) o di controllo (→ CONTROLLI AMMINISTRATIVI; CORTE DEI CONTI), secondo una disciplina che pare distinguere l'illegittimità degli atti amministrativi dai caratteri dell'annullabilità definiti dal codice civile (art. 1441).

ROBERTO CAVALLO PERIN

(41) SACCO, «Nullità e annullabilità», in *Digesto/civ.*, XII, Torino, 1995, 293 s., spec. 296, 297.

(42) CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, *GiC*, 1959, 568 s.; PICARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *St. sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1968, 199 s.; VERRIENTI, *Commento all'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* a cura di Romano, Padova, 1992, 80 s.; sulla questione della disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo: ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, *RTDP*, 1955, 870 s.; ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, *GiC*, 1962, 605 s.; CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima*, *GI*, 1993, III, I, 653; MAZZAROLI, *La giurisdizione sui regolamenti è diritto soggettivo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1 s.; GARRONE, *Commento all'art. 26 del T. U. sul consiglio di Stato (Sez. 2^a)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* a cura di Romano, Padova, 1992, 296 s.; DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, *J*, 1983, 163 s.