

ROBERTO CAVALLO PERIN

Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo

Estratto da:

DIGESTO

delle Discipline Pubblicistiche

Aggiornamento

diretto da
Rodolfo Sacco

a cura di
Raffaele Bifulco – Alfonso Celotto – Marco Olivetti

UTET
GIURIDICA

Copyright 2017 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.L.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Composizione: Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)
Finito di stampare nel mese di ottobre 2017
dalla Stamperia Artistica Nazionale S.p.A.
Via Massimo D'Antona, 19 – 10028 Trofarello (TO)

INDICE

Acquisizione sanante di MARTINA CONTICELLI	p.	1
Ambiente (diritto all') di CELESTE CHIARIELLO	»	18
Atti impugnabili (diritto tributario) di FEDERICO RASI	»	47
Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) di MATTEO PIGNATTI	»	73
Banca centrale europea di RENATO IBRIDO	»	90
Capacità contributiva (principio di) di GIUSEPPE MELIS	»	106
Casse previdenziali di CHRISTIAN IAIONE	»	132
Città metropolitane di FEDERICA FABRIZZI e ALESSANDRO STERPA	»	159
Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia) di VALENTINA VOLPE	»	182
Cooperazione amministrativa europea di ROBERTO CAVALLO PERIN e GABRIELLA M. RACCA	»	191
Corruzione (dir. amm.) di GABRIELLA M. RACCA	»	208
Costituzionalismo sociale (teoria del) di ANGELO JUNIOR GOLIA	»	217
Diritti (diritto costituzionale) di ALFONSO CELOTTO	»	261
Doppio grado di giurisdizione (diritto costituzionale) di GIOVANNI SERGES	»	297
Farmacia di PIERMASSIMO CHIRULLI	»	312
Incandidabilità, sospensione e decadenza dalle cariche elettive nelle amministrazioni lo- cali e regionali di GIUSEPPE LICHERI	»	325
Intese tra le Regioni di ALESSANDRO STERPA	»	342
Joint venture (contratti pubblici) di ELENA GENTILE	»	385
Lavoro nelle pubbliche amministrazioni di MARIO RUSCIANO e DARIO SIMEOLI	»	397
Natura (diritti della) di MICHELE CARDUCCI	»	486
Non discriminazione fiscale nell'Unione europea (principio di) di ALESSIO PERSIANI	»	521
Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo di ROBERTO CAVALLO PERIN	»	551

Ottemperanza (giudizio di) di STEFANO TARULLO	<i>p.</i> 559
Perequazione urbanistica di FRANCESCO ANGELINI	» 591
Protezione dei dati personali di SIMONE CALZOLAIO	» 594
Recall (diritto comparato) di FRANCESCO CAMPODONICO	» 636
Risarcimento del danno nei contratti pubblici di ELENA DEMICHELIS	» 659
Soccorso istruttorio di MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA	» 670
Unioni civili (diritto costituzionale) di MICHELE BELLETTI	» 689

tere tale valutazione costi-benefici al singolo contribuente in ciascun caso concreto.

Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo

Bibliografia: AA.VV., *L'invalidità amministrativa*, a cura di Cerulli Irelli-De Lucia, Torino, 2009; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013; CIOFFI, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M. S. Giannini)*, *DAMM*, 2009, 605; D'ALESSANDRO, *La nullità della legge*, Napoli, 2012; D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; LAZZARA, «Nullità (dir. amm.)», in *Treccani.it, Diritto on line*, 2013; ID., *L'illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 838 s.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; MADDALENA, *Le ipotesi tipiche di nullità provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 823 s.; PILADE CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e relativo regime processuale*, *DAMM*, 2003, 687; PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, 133 e 134; A. ROMANO, *Nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 796 s.; TIBERI, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003; TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, *DPrA*, 2003, 414; VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017. Sulla mancanza di causa dell'atto amministrativo che determina nullità: CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 310; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 154, 210-11; PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, S.E.L. 1911, 29, 31, 38, spec 41; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*², Padova, 1932, 268; particolare è la tesi di causa obiettiva sostenuta da: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 181-182; 186, cfr. spec. 188-189.

Legislazione: artt. 21 septies e 21 octies, l. 7-8-1990, n. 241; l. 11-2-2005, n. 15.

Sommario: 1. La dicotomia nullità annullabilità. – 2. La nullità dell'atto amministrativo: – 3. (*Segue*). Il difetto assoluto di attribuzione. – 4. (*Segue*). La mancanza dell'oggetto e dei destinatari. – 5. (*Segue*). La mancanza dell'atto formale e della forma ad substantiam. – 6. (*Segue*). La mancanza dell'interesse pubblico e carenza di potere: tra difetto d'attribuzione, mancanza dell'oggetto e difetto di causa dell'atto amministrativo. – 7. L'annullabilità dell'atto amministrativo: violazione di legge, eccesso di potere incompetenza. – 8. Gli effetti dell'invalidità e i poteri del giudice verso gli atti amministrativi.

1. La dicotomia nullità annullabilità.

La legge (l. 11-2-2005, n. 15) ha sostituito la denominazione dottrina di inesistenza-illegittimità (→ VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO E DELL'ATTO AMMINISTRATIVO) con quella di nullità-annullabilità degli atti e dei provvedimenti amministrativi (l. 7-8-1990, n. 241, art. 21 septies e art. 21 octies), assumendo una nomenclatura che altri settori del diritto hanno acquisito quanto meno sin dall'ultima codificazione, di cui tuttavia il diritto amministrativo ripete solo in parte il relativo trattamento giuridico, poiché ha peculiarità proprie che sono collegate all'evoluzione dello Stato moderno e contemporaneo, ai rapporti tra poteri dello Stato e non ultimo a quelli che si sono via via definiti con l'affermazione dei diritti dell'uomo e poi del cittadino.

La distinzione nullità-annullabilità, come disciplina del rapporto tra diritti degli individui e validità del-

l'esercizio dei poteri attribuiti nell'interesse di una collettività, può essere ritenuta di teoria generale (1) delle istituzioni, come carattere comune delle organizzazioni i cui organi d'amministrazione assumono la gestione d'interessi superindividuali, con rilevanza giuridica d'interessi collettivi come fine degli atti "d'amministrazione", meglio se indifferenziati o diffusi, ancor più se a carattere non patrimoniale ed in varia guisa indisponibile agli amministratori.

La validità degli atti amministrativi sottopone i poteri dell'amministrazione pubblica alla concettualizzazione giuridica e alle elaborazioni intorno alla validità degli atti giuridici, alle riflessioni costituzionali sull'assetto e sul bilanciamento dei "poteri dello Stato", alla definizione delle posizioni soggettive che la Costituzione ha dedicato non solo ai *diritti ma anche ai doveri dei cittadini*.

Diritti e doveri anzitutto degli individui, ma anche delle organizzazioni cui quest'ultimi hanno dato vita, a cominciare dallo Stato e da quella parte di esso che è l'amministrazione pubblica. È esatto ritenere che le amministrazioni pubbliche siano titolari di obblighi o doveri rispettivamente correlati a diritti di credito d'individui (es. art. 31-38; 46 Cost.) o a diritti assoluti (es. artt. 13-21; 29-30; 39-42 Cost.); ma ancora prima è esatto riconoscere doveri e obblighi inderogabili di solidarietà di organizzazioni sociali o individui (es. artt. 2, 23, 30, 1° co., 44, 52-54 Cost.), doveri ed obblighi che sono espliciti anche ove configurati come diritti (es. art. 36, 37, 1° co., seconda frase, Cost.).

Il fondamento costituzionale ricorda all'interprete che trattasi di posizioni soggettive protette da un giudice contro o verso tutti (diritti assoluti – doveri) oppure verso o a favore di taluno (diritti relativi – obblighi), anzitutto del Governo e poi del Parlamento, con soluzione che ha definito la legge come disciplina d'attuazione dello Statuto Albertino e poi della Costituzione della Repubblica italiana, dei trattati o dichiarazioni internazionali, prima ancora del diritto naturale come ragione umana o divina.

Si tratta in molti casi di un confine tra cultura e diritto obiettivo che ha trovato nei principi giuridici l'utile concettualizzazione per risolvere i conflitti tra posizioni soggettive che sono parimenti tutelate da norme scritte (lex) con un giudizio (jus) di prevalenza dell'una rispetto all'altra, su cui ha l'ultima parola il giudice in ragione di una cultura giuridica ritenuta in una determinata epoca come dominante (es. diritto alla salute 32 Cost. – diritto al lavoro art. 4 Cost.; diritto alla salute – libertà di religione art. 19 Cost.). Le elaborazioni – un tempo sull'inesistenza dei poteri, ora sulla nullità degli atti e provvedimenti amministrativi – sono state anzitutto intese come contrapposizione tra autorità e libertà: la mancata attribuzione di un determinato potere d'amministrazione (autorità) determina la nullità dell'atto amministrativo

vo e il riconoscimento del diritto soggettivo del suo titolare (libertà), ma anche viceversa. La ricostruzione è valida anche nel caso dell'affermazione del dovere (assoluto) dell'amministrazione pubblica di rispettare l'altrui libertà di pensiero o di pagare il diritto (di credito) all'istruzione obbligatoria del cittadino, o di chiedere a quest'ultimo di assolvere al suo dovere di difesa della patria o all'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva.

L'amministrazione pubblica dunque va vista come titolare – al pari di ogni altro soggetto – di diritti, doveri, obblighi e poteri attribuiti dalla legge in attuazione di principi di rango più elevato, secondo un costruito costituzionale che è il completamento del principio di uguaglianza formale, non solo tra gli individui, ma anche tra tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, così come conformato dallo Stato liberale e dalle teorie del diritto pubblico che hanno preceduto e poi accompagnato l'Unità d'Italia e di molti tra gli Stati dell'Unione europea.

Si tratta certo della parte più importante dell'evoluzione dell'assetto costituzionale dei pubblici poteri e segnatamente di quelli attribuiti alla pubblica amministrazione secondo i limiti formalmente definiti dallo Statuto del 1848, in forza dei quali i diritti soggettivi sono opponibili anche nei confronti dei pubblici poteri, secondo un pensiero che recupera e fa propria la teorica dei doveri e dei diritti dell'Uomo e del cittadino, prima enunciata come cultura di un diritto naturale, poi oggetto del diritto positivo nazionale nelle costituzioni della prima metà del XIX secolo, attratta poi dal secondo dopoguerra al diritto internazionale e sovranazionale, secondo una circolarità del pensiero giuridico e politico occidentale che sembrerebbe essersi ricomposto a unità attraverso quello che in modo figurato è stato chiamato il dialogo tra le Corti sui diritti e libertà.

La tecnica giuridica necessaria non è complessa: affermatasi la legge come disciplina a tutela delle "libertà" è semplice applicazione del principio di specialità chiedere la fonte di legge per attribuire un potere dell'amministrazione pubblica in deroga alla definizione legislativa di un diritto soggettivo (Statuto 1848). Del tutto conseguente è che alla legge, come fonte unitaria sul rapporto autorità libertà, segua l'unità della sua interpretazione giurisdizionale sui confini tra diritti e poteri verso chiunque, foss'anche l'amministrazione pubblica e i suoi poteri; che il giudice ordinario può definire senza più fermarsi di fronte ad atti formali della pubblica amministrazione, poiché legittimato a verificare direttamente il fondamento dei poteri pubblici (l. 20-3-1865, n. 2248, All. E, art. 2, 4 e 5), cioè se *oltre i sigilli del re, o la firma di un suo ministro, vi sia o no la giuridica esistenza di un potere dell'amministrazione pubblica e conseguen-*

temente si possa o no riconoscere la protezione offerta dal diritto soggettivo.

I vizi d'incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge – che oggi definiscono i tre vizi d'annullabilità, un tempo d'illegittimità, degli atti amministrativi – ha sin dalla legge del 1889 reso giuridicamente rilevante un sindacato sulle scelte d'amministrazione adottate in violazione della distribuzione delle competenze (relative), degli standard normativi che ne definiscono un'attività vincolata (*violazione di legge*) oppure perché scelte discrezionali del tutto incomprensibili o illogiche (*eccesso di potere*), cui l'individuo e gli enti titolari d'interessi legittimi non debbono più rassegnarsi.

La scelta del 1889 stabilisce che l'amministrare pubblico non è più riservato all'autonomia politica, sicché oltre quei limiti le scelte d'amministrazione sono sottratte all'agone politico e non più solo all'esito delle differenti competizioni elettorali o al potere di autocorrezione dell'amministrazione pubblica (ricorsi amministrativi).

Contro gli atti della pubblica amministrazione il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi (artt. 24, 113, 103, 1° co., Cost.) vale accertamento dell'invalidità degli atti amministrativi, declinata nella distinzione nullità-annullabilità che, seppure con la diversa denominazione d'inesistenza-illegittimità, ha radici profonde nel nostro ordinamento.

Dal punto di vista sostanziale e non solo processuale sono ora gli enunciati costituzionali – a tutela delle posizioni soggettive (*riserve di legge*) – che impongono alla legge di definire quanto meno la disciplina dei poteri della pubblica amministrazione, con l'indicazione in legge sia dei requisiti essenziali (soggetto, prestazione e destinatari), sia di quanto necessario ad assicurare la sindacabilità dell'esercizio dei poteri, a cominciare dalla definizione del fine di interesse pubblico, che è indispensabile per veder operare il vizio d'eccesso di potere.

Il cambiamento di denominazione agevola le analisi e le ricostruzioni di un ordinamento unitario sui limiti delle autonomie pubbliche e private, favorendo la ricerca di un disegno comune capace di selezionare un nucleo di norme – seppure non eguale – che resiste all'autonomia (pubblica o privata), perché la definisce dall'esterno nei suoi requisiti essenziali, che sono perciò ontologicamente indisponibili all'autonomia medesima (nullità) e al tempo stesso pone quanto appare indispensabile al sindacato sull'esercizio dell'autonomia (annullabilità).

In diritto amministrativo occorre precisare che le norme di legge che predicano la nullità degli atti giuridici sono essenzialmente diverse da quelle che fondano l'annullabilità (violazione di legge), sia perché solo per le prime vi è riserva di forma e forza di

legge, ma anche perché sul piano sostanziale la legge è fonte d'attuazione di disposizioni costituzionali o sovranazionali.

Nel secondo caso la forma e forza di legge attribuita agli standard d'amministrazione che fondano la definizione d'annullabilità non è un dato insuperabile, ben potendo gli stessi essere definiti dalla fonte regolamentare che è disponibile all'ordine amministrativo sia con pari norme successive o in deroga, sia con l'esercizio del potere d'ordinanza di necessità e urgenza.

Dunque la legge che fonda la nullità è legge sostanziale in senso proprio; quella che definisce gli standard d'amministrazione è legge solo formale, nel senso che con essa il legislatore ha voluto divenire amministrazione non diversamente da quanto emana "leggi provvedimento", sicché permane valida la distinzione tra nullità e annullabilità anche se è la stessa forma e forza di legge a prescrivere l'uno o l'altro tipo di invalidità degli atti amministrativi.

(1) Per tutti: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1944, rist. 1994, 462; SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, 471 s.

2. La nullità dell'atto amministrativo.

È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge (legge n. 242/1990, art. 21 septies).

I requisiti essenziali dell'atto amministrativo sono quasi sempre indicati nell'oggetto e nei destinatari, nella forma e nell'interesse pubblico.

Da tempo si è consolidata l'idea che la nullità sia comminata dalla legge per cause dalla stessa definite, ancora prima per mancanza di quanto è ontologicamente essenziale alla definizione del potere o di un atto (2), poiché la nullità di un atto può essere esclusa per volontà del legislatore oppure per deduzione logica dalla natura delle cose, così come culturalmente definita dal diritto naturale o di ragione, che per quanto è qui di interesse ha forgiato la definizione dei diritti e doveri dell'Uomo, non importa ora se intesi come posizioni soggettive preesistenti o come elementi coesenziali di una sovranità.

(2) Per tutti: «Le nullità sono di stretto diritto, né possono suprirsi (ma) ci è nullità allorché sono state omesse alcune forme intrinseche o essenziali» (PERRIN, *Trattato delle nullità di diritto civile*, tr. it. M Faelli, Napoli, 1831, 121 e 167). Le nullità di pieno diritto sono quelle che il legislatore ha formalmente pronunziate, o che anche non pronunziate espressamente sono la conseguenza d'un vizio apparente o reale che ha impedito la formazione del contratto (SOLON, *Trattato delle nullità delle convenzioni e degli atti in materia civile*, Napoli, 1840, 3).

3. (Segue). Il difetto assoluto di attribuzione.

L'enunciato è normalmente riferito al soggetto attivo e segna i casi di nullità diversi dall'incompetenza invece è un vizio d'annullabilità dell'atto amministrativo. Il riferimento non è alla mancanza di ogni indicazione sull'ente o sull'organo che ha emanato l'atto (v. *infra* par. 5 come mancanza di forma), ma è riferito anzitutto alla violazione del sistema dei poteri della Repubblica, allo sconfinamento in poteri d'altri. A fianco dei casi di atti amministrativi che pretendono di essere esercizio di una delle altre funzioni che danno origine al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, vi sono ipotesi di scuola d'atti emanati da amministrazioni che insistono in altro territorio (concessione edilizia per un immobile sito in altro comune), oppure che non hanno alcuna attribuzione di poteri nella materia (provveditore alle opere pubbliche che rilascia un diploma di studio).

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., segnando l'invalidità dei relativi atti amministrativi che si è detto talora specificata come conflitto tra poteri dello Stato, tra Stato e regioni, tra regioni.

4. (Segue). La mancanza dell'oggetto e dei destinatari.

L'oggetto può mancare in senso materiale oppure in senso giuridico, potendo non essere giuridicamente idonei determinati beni mobili o immobili, le prestazioni di facere (es. ordini) o di non facere (es. divieti). Fuori dai casi di scuola, le ipotesi sono certo marginali: la requisizione di alloggi privi di abitabilità o agibilità per alloggiarvi "persone senza tetto"; l'indicazione generica e indeterminata dell'area oggetto di pianificazione o espropriazione; la precettazione di lavoratori senza elementi utili a individuarli.

Talora riunita all'oggetto è l'individuazione degli esatti destinatari dell'atto amministrativo, che è certo un suo elemento essenziale, nel senso che i provvedimenti amministrativi debbono essere diretti verso coloro che risultino nel caso concreto i titolari della posizione soggettiva che la norma attributiva del potere ha preso astrattamente in considerazione, assoggettandola all'interesse pubblico (il titolare del fondo oggetto di espropriazione).

Sono considerati "esatti destinatari" dei poteri che hanno ad oggetto l'uso dei beni in proprietà, oltre ai proprietari, anche gli eventuali fruitori del bene (es. locatore, comodatario, ecc.), qualora si chieda ad entrambi di eseguire l'ordine di manutenzione, lasciando poi la ripartizione delle spese eventualmente occorse (straordinarie, ordinarie, ecc.) al sottostante rapporto civile (es. tra locatore-conduttore).

5. (Segue). *La mancanza dell'atto formale e della forma ad substantiam.*

L'atto giuridico formale deve concludere ogni procedimento amministrativo (legge n. 241/1990, art. 2), che va condotto in conformità ai principi di trasparenza e pubblicità (legge n. 241/1990, art. 1), consentendo la partecipazione degli interessati e controinteressati (legge n. 241/1990, art. 9-10; l. 20-3-1865, n. 2248, all. E, art. 3).

La trasparenza e la pubblicità sono principi dell'azione amministrativa (legge n. 241/1990, art. 1) che s'impongono all'amministrazione pubblica come suo modo di porsi verso tutti, a garanzia di tutti e di ciascun interessato; principi d'organizzazione che ridondano sugli *elementi essenziali* dell'atto amministrativo la cui mancanza determina la sua nullità (legge n. 241/1990, art. 21 septies).

Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati: «(...) l'immissione, la riproduzione (...) e la trasmissione di (...) documenti mediante» tali sistemi, «nonché l'emanazione di atti amministrativi (...) devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione» (d.lg. n. 39/1993, cit., art. 3, 1° co.). «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. 39/1993, cit., art. 3, 2° co.; cfr. legge n. 241/1990, art. 3 bis).

L'atto è nullo o addirittura inesistente per mancanza di forma non solo ove manchi o sia assolutamente impossibile identificare il suo autore, ma anche ove manchino gli elementi essenziali che consentono di individuare gli altri funzionari o dipendenti pubblici che sono direttamente responsabili dell'azione amministrativa (art. 28 Cost.).

Dunque trasparenza e pubblicità come modo essenziale di essere dei pubblici poteri, ove l'uso della tecnologia informatica può assumere un carattere determinate, sia nel senso di consentire davvero un controllo diffuso sui pubblici poteri, sia all'opposto nel senso di riuscire a negare in radice qualsiasi approccio procedimentale degli interessati, addirittura che una domanda o un accesso *non* raggiungano l'amministrazione, perché respinti dal sistema informativo.

Fuori da ciò sono d'eccezione invece le ipotesi in cui una disposizione di legge prevede la forma scritta a pena di nullità (ad substantiam) degli atti amministrativi, mentre è regola generale per gli accordi e convenzioni amministrative (legge n. 241/1990, artt. 11 e 15). È normale tuttavia vedere affermato un principio generale sulla forma scritta degli atti ammi-

nistrativi, ripreso per affermare la nullità dei contratti con la pubblica amministrazione anche al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 1350 c.c.).

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 quella 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.), videoregistrazioni per i colloqui con i richiedenti asilo (d.lg. 28-1-2008, n. 25, art. 14, mod. da d.l. 17-2-2017, n. 13, conv. in l. 13-4-2017, n. 46), 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 (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 su carta (talvolta bollata) che più di recente è stata intesa come scrittura "su supporto informativo".

6. (Segue). *La mancanza dell'interesse pubblico e carenza di potere: tra difetto d'attribuzione, mancanza dell'oggetto e difetto di causa dell'atto amministrativo.* L'azione amministrativa persegue i fini previsti dalla legge (legge n. 241/1990, cit., art. 1) e certo non si può negare che l'interesse pubblico sia un elemento essenziale dell'atto amministrativo, sicché appare conseguente affermare che la sua mancanza determini la nullità dell'atto amministrativo.

Senonché la mancanza dell'interesse pubblico va distinta dal mancato perseguimento del medesimo che determina il vizio di eccesso di potere, non solo perché la prima ipotesi è logicamente pregiudiziale alla seconda, ma soprattutto perché fa venire meno la definizione di potere nel suo rapporto autorità libertà, cioè quale interesse pubblico è considerato prevalente rispetto ad altri interessi pubblici o privati che al primo sono assoggettati dalla legge.

Giudizio relazionale tra beni o interessi giuridici che segna la ragione giuridica dell'enunciazione in legge del tipo di potere attribuito all'amministrazione pubblica, che è stato ricondotto al difetto assoluto di attribuzione, ma che nella teoria generale è normalmente riferita all'oggetto o causa dell'atto giuridico.

Ragione giuridica del giudizio di prevalenza tra interessi che è l'elemento essenziale del potere dell'amministrazione a realizzare con l'emanazione dell'atto amministrativo alcune vicende giuridiche costitutive, modificative, o estintive. La legge afferma in tal modo la tipicità del potere attribuito all'amministrazione pubblica, correlando la ragione del potere – o causa dell'atto amministrativo – alle vicende giuridiche che in potenza può realizzare l'atto amministrativo.

La legge – elevando a interesse prevalente un determinato bene – definisce in potenza la ragione delle vicende giuridiche che ciascun tipo di atto autoritativo può realizzare verso i destinatari e i terzi, dunque definisce l'authoritas attribuita dalla legge all'atto amministrativo, negando perciò che le vicende giuridiche prodotte possano essere definite per forza propria dell'atto amministrativo o per capacità istituzionale dell'ente emanante.

La definizione involge direttamente il contenuto dell'atto amministrativo nell'elemento che più propriamente definisce l'essenza del rapporto "autorità-libertà", che in passato è stato sintetizzato dalla categoria che ha avuto un particolare successo in diritto amministrativo e denominata "carenza di potere", sia in astratto sia in concreto (→ VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO E DELL'ATTO AMMINISTRATIVO). A tutela delle libertà possono essere ritrovati i casi di mancanza nell'atto della ragione giuridica tipica prevista dalla legge (carenza in astratto): sull'imposizione di un tributo non previsto (art. 23 Cost.); di un'autorizzazione preventiva per riunirsi in luogo pubblico (art. 17 Cost.), organizzare processioni o feste religiose (art. 19 Cost.), strillare giornali o per altre limitazioni della manifestazione della libertà di pensiero (art. 21 Cost.) o della personalità (art. 13 Cost.).

La più nota ipotesi di carenza di potere in concreto è stata invece quella del decreto di esproprio emanato in mancanza di un'efficace dichiarazione di pubblica utilità, per mancanza di un assoggettamento del bene (fondo Cornelianò) a un concreto interesse pubblico (scuola, ospedale, strada, ecc.). Il difetto impedisce di dare qualsiasi consistenza al potere di espropriazione, negando a priori ogni individuazione dell'interesse pubblico, cui va funzionalizzato il potere in quel caso concreto.

Non diversa è stata la costruzione per il potere di requisizione di aziende e di limitazione dell'iniziativa economica privata, anche se maggiore è l'interesse nei casi d'imposizione di prestazioni personali o patrimoniali (art. 23 Cost.). In tali casi manca la causa e l'oggetto dell'atto amministrativo per mancata definizione degli interessi (beni o opere) contrapposti che definiscono l'essenza di quel potere amministrativo.

In altri l'atto indica la causa tipica di legge, ma ciò nonostante l'atto manca di causa o ragione giustificativa. Talora il giudizio di prevalenza definito dalla legge ha bisogno d'interpretazioni di sistema, più precisamente di un bilanciamento tra interessi parimenti tutelati in legge, che l'enunciato legislativo di attribuzione del potere non ha contemplato interamente.

La requisizione d'urgenza di alloggi per il ricovero di senza tetto è conforme alla prescrizione di legge e alla ragione dell'attribuzione del potere, poiché assoggetta immobili in proprietà privata, dietro indennizzo, al fine di soddisfare l'interesse pubblico prevalente di dare alloggio a persone in emergenza che ne sono prive. Non così ove la requisizione abbia ad oggetto immobili già occupati sine titolo, ove interesse degli occupanti va bilanciato con quello delle persone in emergenza abitativa.

La necessità di un bilanciamento ulteriore è più evidente nei casi di prestazioni di facere ove la conformità alla definizione di legge (precettazioni di sanitari, ingegneri, ecc. a favore di popolazioni terremotate; trattamenti sanitari obbligatori, ecc.) non esaurisce quasi mai il giudizio di prevalenza tra beni contrapposti, che in concreto ha effettuato l'amministrazione pubblica con l'emanazione dell'atto.

Si è detto che da anni la legge non è più l'unico paradigma per la risoluzione dei conflitti tra interessi contrapposti, ancor più per il crescente coinvolgimento degli ordinamenti giuridici sovranazionali nella tutela dei diritti dell'uomo e del cittadino, sia con riferimento ai trattati, sia alla giurisprudenza delle Corti che sono chiamati a darvi attuazione.

Il bilanciamento – qui come in altri settori del diritto (diritto al lavoro o diritto alla salute dei lavoratori; diritto al lavoro o ad un ambiente salubre) – è tecnica interpretativa che consente di ricavare in concreto una scelta a favore di una posizione soggettiva rispetto ad un'altra, che con la prima sia antinomica, non importa ora se le posizioni soggettive siano obblighi, doveri, diritti soggettivi, o poteri.

Per l'atto amministrativo tale bilanciamento (precettazione: es. diritto di sciopero – diritti degli utenti di un servizio pubblico; es. diritto alla salute dei terremotati – diritto alla salute e diritto alla famiglia del sanitario precettato, diritto alla salute dei pazienti ordinari) delimita la definizione del potere nella sua essenza, poiché in concreto la causa (giudizio di prevalenza espresso dall'amministrazione con l'atto) non corrisponde a quella che si desume dall'ordinamento, sia dalle norme scritte sia con il ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico. Sicché nonostante la conformità con quanto direttamente disposto dal legislatore con l'attribuzione del potere, la causa può mancare in concreto a seguito della verifica ulteriore di conformità ai principi dell'ordinamento

giuridico (requisizione di alloggi occupati, precettazione di un medico insostituibile nella cura di altri malati, ordine ad un ospizio per indigenti di accogliere bisognosi di cure mediche), 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 (voce → ORDINAMENTO GIURIDICO; LEGGE REGIONALE; ORDINE PUBBLICO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO; ORDINE E ORDINANZA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO).

La questione pregiudiziale è se – al di là dell'osservanza dei vincoli procedurali, di scelte congrue e non contraddittorie, di una funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico – l'ordinamento ha accordato alla pubblica amministrazione il potere di sacrificare alcuni beni giuridici a vantaggio di determinati interessi definiti pubblici. Non si tratta di questione logica, ma di diritto positivo che è ritenuto vigente in un determinato periodo storico, tra ciò che è potere pubblico rispetto a quanto è a ciascuno garantito come diritto soggettivo: limiti di legge o di norme europee ai pubblici poteri che in determinati periodi storici si affermano come tutela di un diritto soggettivo, possono in altri divenire norme sulla annullabilità dell'atto amministrativo.

Non basta qualificare un interesse come pubblico affinché lo stesso possa dirsi prevalente nel nostro ordinamento su altri interessi privati o pubblici diversi dal primo, poiché non ogni interesse collettivo legittima poteri pubblici, ma unicamente quelli che l'ordinamento di riferimento ha ritenuto meritevoli di un giudizio di prevalenza per definizione legislativa e sempreché nel bilanciamento ulteriore il giudice confermi il valore prevalente dell'interesse pubblico rispetto ad altri ad esso contrapposti.

7. L'annullabilità.

I tre vizi dell'atto amministrativo d'incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere – storicamente enunciati sin dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato (l. 31-3-1889, n. 5992; poi r.d. 26-6-1889, n. 6166, t. u. della legge 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, artt. 26 s.) – sono oggi ridenominati come casi di annullabilità del provvedimento (legge n. 241/1990, art. 21 octies), il cui accertamento consente al giudice d'annullare l'atto stesso con effetto retroattivo normalmente sin dal momento della sua emanazione.

Il diverso nomen juris non ha mutato la relativa disciplina giuridica che resta la stessa per ciascuno vizio: per l'amministrazione perseguire interessi pubblici è un vincolo istituzionale (legge n. 241/1990, art.

1) che deve curare assumendo decisioni logiche per il caso concreto e comprensibili per gli amministrati (eccesso di potere); l'attività vincolata segna lo standard d'amministrazione imposto da norme generali e astratte che prescrivono come debba essere condotto il procedimento dal suo inizio sino all'emanazione dell'atto conclusivo (→ VIOLAZIONE DI LEGGE); la distribuzione delle competenze tra organi di uno stesso ente, ma anche tra enti diversi qualora si tratti di poteri che rientrano in una medesima materia, è giuridicamente rilevante per i terzi che possono ottenere l'annullamento della scelta d'amministrazione effettuata dall'organo che non è stato scelto per quella funzione.

È ormai evidente che si può trattare di norme nazionali oppure sovranazionali, di principi elaborati con il concorso della dottrina e della giurisprudenza (→ ECCESSO DI POTERE) oppure di norme generali e astratte (→ VIOLAZIONE DI LEGGE), che disciplinano in ogni caso l'amministrare pubblico e i suoi limiti che un tempo erano detti di legittimità ora di annullabilità.

8. Gli effetti dell'invalidità e i poteri del giudice verso gli atti amministrativi.

Si ritiene normalmente che le cause di nullità: impediscono all'atto di produrre effetti, non sono sanabili (art. 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 (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 1444), la relativa azione è soggetta a prescrizione o decadenza (1442, 2377 c.c.), può essere proposta solo da taluni soggetti a tal fine legittimati (1441 c.c.).

Le aggettivazioni (assolute, relative) che in taluni settori del diritto caratterizzano la nullità indicano il difetto di taluni aspetti del trattamento giuridico ritenuto essenziale alla definizione (la possibilità di una sanatoria, la rilevabilità d'ufficio o solo a istanza di parte, la prescrivibilità o decadenza, ecc.). È stato sufficiente richiamare la disciplina delle nullità espressamente previste dalla legge (matrimonio: 117-129 c.c.; testamento: 590 c.c.; donazione: 799 c.c.; società 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 trattamento giuridico che si è visto esattamente opposto (prescrivibile-imprescrivibile, sanabile-insanabile, ecc.).

Più in generale non si deve dimenticare che la sentenza di annullamento è sentenza con effetti costitutivi, ammessa nei soli casi previsti dalla legge (art. 2908 c.c.) e nel diritto amministrativo secondo un

principio di rango costituzionale, la cui prescrizione è rinforzata da riserva di legge in senso proprio, avente ad oggetto non solo i *casi* ma anche gli *effetti* dalla legge stessa previsti e definiti (art. 113, ult. co., Cost.).

Si è generalmente concordi in diritto pubblico che l'atto nullo non produce effetti, ma anche per chi la pensa diversamente non vi è dubbio che lo stesso è disapplicato o inapplicato dal giudice e che la sanatoria del vizio è possibile solo con atto legislativo, mentre 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 (1421 c.c.) e l'azione di accertamento non è sottoposta a termini (1422 c.c.), salvo quella proponibile avanti al giudice amministrativo (art. 31, 4° co., c.p.a.).

Senonché al legislatore del 1865, cui erano sconosciute le attuali classi d'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 sono stati sempre sottoposti alla disciplina di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi. La successiva evoluzione – che ha ammesso l'azione di accertamento delle nullità degli atti disciplinati dal diritto privato (art. 1421 c.c.), poi un'azione di nullità degli atti amministrativi avanti alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 31, 4° co., c.p.a.) – ha legittimato chiunque vi abbia interesse a chiedere una sentenza dichiarativa di nullità dell'atto amministrativo.

La disapplicazione dell'atto amministrativo (l. 20-3-1865, n. 2248, all. E, art. 5) 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 dei poteri con i diritti soggettivi, cioè dell'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 il ripetersi di esperienze istituzionali nello spazio e nel tempo, che non può essere casuale, ma che si afferma come la soluzione generale dei rapporti tra ordinamenti.

Al contrario il potere di annullamento ha sempre avuto come oggetto l'atto impugnato (art. 29, art. 88 c.p.a.; art. 112 c.p.c.) e non unicamente i *rapporti giuridici* conseguenti, poiché con il riferimento all'atto – che è titolo degli effetti giuridici e dei relativi rapporti – si vuole che la tutela giurisdizionale d'annullamento sia ex lege idonea a produrre l'effetto costitutivo uguale e contrario a quello prodotto dall'atto impugnato (*contrarius actus*).

Gli atti giuridici aventi contenuto patrimoniale disciplinati dal diritto privato hanno effetto solo tra le parti e non verso i terzi, salvi i casi stabiliti dalla legge (artt. 1372, 1324, 1334 c.c.), sicché appare conseguente affermare che, non a caso, le sentenze costitutive – e tra esse quelle d'annullamento di tali atti – siano dall'ordinamento ragionevolmente limitate alle "parti, loro eredi ed aventi causa" (art. 2908 c.c.) (3), anche se non si può negare che il contratto concluso tra le parti abbia una sua oggettiva esistenza *erga omnes*.

La simmetria si afferma anche nel diritto pubblico con l'essenziale differenza che sono anzitutto gli effetti di diritto sostanziale degli atti amministrativi da esso disciplinati a non essere limitati all'amministrazione emanante e ai destinatari.

Analogamente alle sentenze costitutive su leggi e atti aventi forza di legge (cfr. art. 136 Cost.), che sono atti normativi rivolti alla generalità, l'atto amministrativo – anche quando non assuma un'efficacia *erga omnes* – realizza vicende giuridiche (modifica, costituzione ed estinzione di rapporti giuridici) che sono rilevanti per i terzi (controinteressati o cointeressati) (4), cioè verso soggetti diversi dall'amministrazione pubblica emanante e dai destinatari.

Sin dai primordi l'annullamento del provvedimento amministrativo è stato configurato, con effetto retroattivo sino al giorno d'emanazione dell'atto, non solo con riferimento alle parti, loro eredi e aventi causa, ma anche verso i terzi, sia nel senso (processuale) di offrire – a coloro che sono i legittimati ad agire in giudizio – una tutela per essi utile contro l'atto che hanno impugnato, sia nel senso (sostanziale) di considerare la vicenda giuridica che li riguarda. L'atto amministrativo e il suo *contrarius actus* d'annullamento realizzano così una certezza *erga omnes* dei rapporti giuridici in cui è parte una pubblica amministrazione, i diretti destinatari e coloro che sono controinteressati o cointeressati dall'annullamento, "consolidando" o eliminando il provvedimento impugnato, in quest'ultimo caso senza ulteriori enunciati costitutivi.

ROBERTO CAVALLO PERIN

(3) Il tema è noto per tutti: LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, 1962, rist. dell'autore prima ed. 1935, 98 ss. secondo il quale la natura della

soggezione alla sentenza è determinata dalla relazione di ciascuno con l'oggetto della decisione: «Fra le parti e terzi ci è questa sola grande differenza: che per le parti, quando la sentenza passa in giudicato, i suoi effetti diventano immutabili, mentre ciò non è per i terzi».

(4) Da ultimo TRIMARCHI BANFI, *L'Atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Bari, 30-9-2011, *Annuario 2011*, 2012,

17 s.; SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, RISG, Nuova serie, I, 1947, 64 s., poi in *Scritti Minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, 397 s.; ID., «L'annullamento (teoria dell'annullamento) nel diritto amministrativo», in *N.D.I.*, 1937, ora in *Scritti Minori*, II *Diritto amministrativo*, 1950, 327 s.; ora 1990, 387 s.