

Roberto Cavallo Perin

**LA VALIDITÀ DELL'ATTO
AMMINISTRATIVO TRA LEGGE,
PRINCIPI E PLURALITÀ DEGLI
ORDINAMENTI GIURIDICI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ROBERTO CAVALLO PERIN

LA VALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO TRA LEGGE, PRINCIPI E PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. I parametri di validità dell'atto amministrativo e teoria degli ordinamenti giuridici. — 2. L'oggetto della validità: provvedimenti amministrativi, atti non autoritativi, accordi e convenzioni. — 3. Le ragioni di nullità e annullabilità degli atti amministrativi tra leggi e principi giuridici. — 4. La tutela in concreto delle posizioni soggettive: tra amministrazione e giurisdizione. — 5. L'inesistenza, le subspesie d'invalidità e l'irregolarità. — 6. La nullità per mancanza d'atto formale e il principio di trasparenza e pubblicità. — 7. La nullità dell'atto amministrativo per difetto assoluto di attribuzione tra principio di adeguatezza e sussidiarietà. — 8. La nullità per mancanza dell'oggetto e dei destinatari. — 9. L'interesse pubblico come elemento essenziale del provvedimento amministrativo tra carenza di potere e mancanza di causa dell'atto amministrativo. — 10. I vizi d'annullabilità tra attività vincolata ed esercizio della discrezionalità.

1. *I parametri di validità dell'atto amministrativo e teoria degli ordinamenti giuridici.*

1.1. È normale vedere affermato che la validità di un atto si sostanzia nella sua conformità ad una norma (1), più precisamente all'intero ordinamento giuridico (2) cui la norma appartiene (3);

(1) Sulla distinzione tra « disposizione » e « norma » per tutti già: V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.; ID., voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 238 s.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 9 ss.; F. MODUGNO, voce *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 374 ss.; R. GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, Milano, 1990, 235 ss.; A. CERVATI, voce *Disposizione e norma*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2006, 2014 ss.

(2) Il raffronto con il concetto di ordinamento giuridico, pone in secondo piano e supera la contrapposizione tra normativismo e istituzionalismo. Dalla validità come conformità agli ordinamenti si distingue invece l'« efficienza, efficacia ed economicità » (l. n. 241 del 1990, art. 1) in quanto parametri che hanno ad oggetto

quasi mai si nota che ciascun atto può assumere rilievo in più ordinamenti, con conseguenti differenti giudizi di conformità del medesimo atto che può essere nullo per un ordinamento e valido per un altro, secondo giudizi che non sempre possono essere ricomposti ad unità, poiché ciò dipende dalla relazione che è giuridicamente rilevante tra gli ordinamenti presi in considerazione, che può essere gerarchica, di semplice riconoscimento, di promozione o al contrario di contrasto, ma anche di normale indifferenza

l'organizzazione amministrativa: l'efficienza (E) misura il rapporto tra il risultato (R) dell'azione organizzativa e le risorse (M) impiegate ($E = R/M$); J. A. 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: R. D'AMICO, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, Roma, 1992, 409. Esclude i parametri di efficienza, efficacia, economicità per gli atti amministrativi: G. CORSO, voce *Validità*, *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 93-94; in Italia è di solito utilizzata per il « controllo di gestione » si veda già: Cons. St., sez. IV, 24 maggio 1983, n. 330; C. Conti, sez. enti locali, 22 novembre 1995, n. 8, in *Riv. corte conti*, 1995, n. 101; C. Conti, sez. enti locali, 10 ottobre 1995, n. 51, in *Enti pubbl.*, 1996, 761. Nella scienza dell'amministrazione efficacia è l'indice della capacità di un'organizzazione di soddisfare le aspettative della comunità di riferimento. L'efficacia gestionale (Eg) misura i risultati (R) in concreto ottenuti in ragione degli obiettivi predefiniti (Op) in programmi annuali o pluriennali, direttive o atti generali di gestione ($Eg = R/Od$). L'efficacia sociale indica la capacità di « modificare » i bisogni sociali, come il grado di soddisfazione concreta di una domanda di servizi. L'economicità indica il minore utilizzo possibile di risorse: l'« aziendalista » ritiene economico il comportamento che tende al massimo risultato con mezzi limitati; la « comparativa » è quella soluzione che offre vantaggi superiori ai costi derivanti dalla mancata utilizzazione delle stesse risorse in scelte (soluzioni) alternative. G. PASTORI, *Il controllo di gestione della corte dei conti fra controllo e collaborazione*, in *Le Regioni*, 1995, 1095; R. D'AMICO, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, cit., 389 s., 393; cfr. R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, in *Raccolta di studi di scienza e tecnica dell'amministrazione pubblica*, n. 10, Milano, 1968, 11.

(3) Cfr. A. G. CONTE, voce *Validità*, in *Novissimo Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 422 s.; afferma l'autonomia scientifica della validità: G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1972, 56 s.; non sempre agevole è la distinzione con la parola legittimità: F. LEVI, voce *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 125; contrario: F.G. SCOCA, che la ritiene relegata ai negozi di diritto privato. Per l'ordinamento giuridico originario si ha 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; P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. IV, Torino, 1989, 480 s.; P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; Id., voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 420 s.

di un ordinamento all'altro, sicché è del tutto normale che differenti valutazioni di conformità possano riguardare uno stesso atto.

Poiché ai soli atti validi è assicurata la protezione dell'ordine costituito, su ciascun atto si afferma generalmente non solo una pluralità di valutazioni di *conformità* (4), ma anche di conseguenti trattamenti giuridici (sanzioni) che possono essere indipendenti gli uni dagli altri oppure essere comminati congiuntamente: nullità, annullabilità, sanzioni disciplinari, sanzioni pecuniarie, illeciti civili o penali.

In sede teorica dunque la definizione della validità degli atti giuridici è necessariamente plurima in ragione delle relazioni tra ordinamenti e della rilevanza che assumono rispetto ad un determinato atto (*infra* § 2), con possibilità di differenti valutazioni di validità e di sanzioni ad esse correlate: che uno stesso atto sia conforme ad un dato ordinamento, irrilevante per un secondo, difforme rispetto a ordinamenti terzi che contemplano eguali o differenti sanzioni, secondo un costrutto che conferma l'idea teorica della « relatività degli ordinamenti giuridici » (5).

1.2. Le stesse definizioni manualistiche che normalmente qualificano l'invalidità, con le note aggettivazioni di « derivata », « successiva » o « sopravvenuta », assumono in tale contesto ben altro e più pregnante significato. Il primo *nomen juris* è certo utilizzato per ricordare che gli atti che concludono la serie procedimentale subiscono i vizi di quelli che li precedono, ma la denominazione diventa di maggiore interesse ove riferita alla derivazione da altro ordinamento delle norme che pongono la definizione di validità di un atto amministrativo.

L'invalidità successiva o sopravvenuta è del pari normalmente riferita alla modificazione delle norme che hanno definito la validità dell'atto al tempo della sua emanazione per norma retroattiva, per non conversione del decreto legge, per declaratoria

(4) È evidente che la conformità è qui utilizzata in senso più ampio di quello di conformità a norma superiore, su cui: H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. Losanno, Traduzione di M. Torre, Torino, 1985, 54, 81, 268, 430 ss.

(5) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (ma 1918), rist. in *L'ultimo Santi Romano*, a cura di Alb. Romano, Milano, 2016; Alb. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 203 s., ed ivi riferimenti alla teoria della relatività delle posizioni soggettive di G. Miele.

d'incostituzionalità, ma in realtà il fenomeno più importante è dato dalla successione nel tempo tra ordinamenti: per l'instaurazione del nuovo contro il preesistente, per rivoluzione o per colpo di Stato, per l'acquisizione di territori o *debellatio* di un altro Stato, e così via (6).

È sempre la complessa relazione tra ordinamenti a definire anche l'atto amministrativo (7) come parametro pregiudiziale di successivi atti o comportamenti: così è per il controllo di validità di un regolamento amministrativo al fine di definire dell'invalidità del provvedimento (art. 4 e 5, disp. prel. c.c.), che perciò trova fondamento nell'essenziale relazione tra ordinamento particolare di una pubblica amministrazione e ordinamento statale o sovranazionale di riferimento (8). Statuti e regolamenti amministrativi delle autonomie locali (cfr. art. 117, co. 6°, Cost.) sono atti normativi che consentono alle amministrazioni pubbliche di definire il proprio ordinamento, dunque anche la validità di propri atti; non dissimile è il ragionamento per l'atto amministrativo la cui validità contribuisce a definire l'adempimento (art. 1218, c.c.), la correttezza (art. 1337, c.c.) o la liceità civile (art. 2043 c.c.) di servizi pubblici o comportamenti da cui scaturiscono rapporti disciplinati in tutto o in parte dal diritto privato, tra cui assume particolare interesse la comparazione con statuti e atti costitutivi di consorzi, di società, di condomini, ecc., che si affermano come ulteriori parametri di validità degli atti emanati da organizzazioni cui partecipano le amministrazioni pubbliche (9).

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

(7) Tra le prime trattazioni monografiche si vedano: A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917.

(8) Per tutti: N. IRTI, *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 2766.

(9) L'atto valido o invalido può invece essere il comportamento oggetto del giudizio d'adempimento, di correttezza o di liceità. Nel primo caso l'invalidità dell'atto può escludere l'inadempimento, la scorrettezza o l'illiceità; nel secondo l'invalidità dell'atto può escludere che un comportamento sia d'adempimento, sia corretto o sia lecito.

1.3. Particolare importanza ha assunto — con livello crescente negli ultimi vent'anni — l'appartenenza all'ordinamento dell'Unione europea dell'Italia e degli altri Stati membri, con rilevanza della disciplina in materie di rilevanza economica (agricoltura, tutela della concorrenza, tutela dei consumatori: artt. 12, 101-109, 169, TFUE) di libertà della persona (circolazione: art. 45 e s., TFUE) o di coordinamento o d'integrazione sociale (istruzione e cure sanitarie: artt. 165, 168, TFUE) o istituzionale (cooperazione amministrativa: art. 197, TFUE).

Non si tratta solo delle norme di principio o di dettaglio (10) di un ordinamento comune agli Stati membri e ai suoi cittadini, ma delle stesse istituzioni che lo definiscono con una propria prassi e cultura istituzionale che, oltre le maggiori (dal Consiglio, al Parlamento, alla Commissione e ora le sue Direzioni Generali), riguardano da ultimo istituzioni europee che sono l'integrazione o la valorizzazione d'insieme di quelle nazionali, come la Bce, la Corte dei conti (11), prima fra tutte la Corte di Giustizia che ormai in molti settori offre la nomofilachia (12) o la fonte del

(10) Da ultimo A. MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, 2017, 427; G. DELLA CANANEA e C. FRANCHINI, *I principi dell'azione amministrativa*, Torino, 2010, spec. 51 s.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.; Id., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 17 e 91 s.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pub.*, 2015, 35 s., M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 3 s.; G. P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 103 s.

(11) R. CAVALLO PERIN, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nel sistema delle istituzioni*, in *La cooperazione fra Corte dei conti europea e Corte dei conti italiana. Esame comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo*, (Roma, 27 giugno 2008, in Corte dei Conti), 2009, 45-52.

(12) G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017, 24; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 2017, 9; E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 1143 s.; S. CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 123 ss.; per riferimenti si veda da ultimo A. DE SIANO, *Decisioni amministrative e vincolo del precedente giurisprudenziale*, Paper Convegno Annuale AIPDA 2017, § 7, <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=38>.

diritto di rilevanza europea (art. 267, TFUE; art. 6 CEDU) (13) Norme europee dei trattati, dei regolamenti, delle direttive, che degli atti amministrativi qui in esame costituiscono altrettanti parametri di validità, non meno dei principi posti dai trattati dell'Unione o da questi in qualche modo fatti propri con rinvio alla disciplina dei diritti fondamentali, che delimita i confini dei pubblici poteri e degli atti che ne sono ogni qualvolta la concreta manifestazione. Pluralità degli ordinamenti giuridici dunque come disciplina di validità degli atti della pubblica amministrazione, ma ancor prima dei poteri o facoltà (14), i cui confini sono ricavati indirettamente dalla disciplina sulla protezione delle libertà o diritti fondamentali, non importa ora se con norme di principio o di dettaglio.

Ciò ha consentito l'elaborazione di culture, poi di vere e proprie teorie giuridiche, che hanno elevato a principi istituzionali dell'amministrazione pubblica e dei suoi poteri: perseguire l'interesse pubblico invece di quello privato, d'imparzialità in luogo di quello di parte, di soddisfazione dei bisogni di una comunità invece di quelli dei particolari, la rilevanza dell'efficacia verso i terzi (cointeressati o controinteressati) in luogo di quella normalmente *inter partes*, indicando una disciplina essenziale di dettaglio e di principio dei poteri e degli atti dell'amministrazione pubblica che sono talora 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 di validità dei suoi atti (l. n. 241 del 1990, art. 1, co. 1 *bis*).

2. *L'oggetto della validità: provvedimenti amministrativi, atti non autoritativi, accordi e convenzioni.*

2.1. La disciplina sulla validità ha sempre avuto come oggetto *l'atto autoritativo*, il cui *nomen juris* è ora recepito dalla legge

(13) S. NINATTI e M. GENNUSA, *L'Italia e la CEDU*, in www.ius-publicum.com, 2011.

(14) Santi ROMANO, voce *Poteri*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. a cura di Alb. Romano, Milano, 1984, 172 e s.

generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990, art. 1, co. 1 *bis*), non in esclusiva, ma unitamente alla generica e meno impegnativa denominazione di *provvedimento amministrativo* (l. n. 241 1990, art. 21 *septies* e art. 21 *opties*) (15).

Pochi sono i caratteri considerati peculiari, a cominciare dall'autoritatività (16) o unilateralità dell'atto (17) come manifestazione di un potere d'amministrazione attribuito dalla legge per la cura d'interessi pubblici (funzionalizzazione; *service public*) (18), in deroga alla definizione del pari legislativa dei diritti soggettivi dei destinatari o di terzi, con rilevanza verso questi soggetti degli

(15) Da ultimo: R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 43-52; S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Atti del convegno Salerno 14-15 novembre 2014, a cura di S. Perongini, Torino, 2017, 10.

(16) Talora riunita nell'imperatività del provvedimento amministrativo come ricordato da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amoroso, Milano, 1995, 255 s. La separazione concettuale dell'autoritatività dall'imperatività ci è parsa possibile in ragione dell'etero-definizione (principio di legalità) del fondamento del provvedimento e del potere amministrativo che richiama la radice romana dell'*actoritas* e non quella dell'*imperium* su cui infra nel testo. Per diversa opinione: B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 409 s.

(17) Carattere generale, sia dei provvedimenti ablatori sia dei provvedimenti ampliativi, poiché in tutti si ha l'unilateralità della cura dell'interesse pubblico: E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2014, 505; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012, 97; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 25 ss. Per la derivazione dall'unilateralità dell'indisponibilità (non negoziabilità) del potere amministrativo: R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 783.

(18) Per tutti dalla *puissance publique* al *service public*: G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, 165 s.; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, troisième ed., t. II, *La théorie générale de l'Etat*, Paris, 1928, 59 s.; Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 51; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1113; A. BRUNIALTI, *Diritto amministrativo e costituzionale*, Torino, 1914, 1052; M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, II ed., Paris, 1929, 103-108. Più di recente: J. CHEVALLIER, *Essai sur la notion juridique de service public*, Publications de la faculté de droit d'Amiens, 1976, n° 7, 136 s.; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, 2001, 3-4, P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, Paris, 2010, 160.

effetti giuridici dell'atto (19), a prescindere dal loro consenso, indipendentemente dal contenuto favorevole o sfavorevole del provvedimento (20). Secondo altri è piuttosto *l'efficacia giuridica* dell'atto a venire in rilievo nei rapporti con i destinatari e i terzi (21), cioè l'idoneità dell'atto autoritativo ad incidere sulle loro posizioni soggettive e tra questi pochi mettono in collegamento la tipicità del provvedimento e l'autoritatività (22).

In verità le due prospettazioni possono essere diversamente intese se non s'identificano gli effetti con l'efficacia (o forza giuridica) dell'atto amministrativo (23), riconducendo i primi all'atto e la seconda alla legge che ne costituisce fondamento (24).

L'irrelevanza del consenso dei destinatari e dei terzi non è una logica conseguenza dell'asserita unilateralità dell'atto, ma una scelta istituzionale di diritto positivo che ha riservato alla legge la definizione dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione,

(19) M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., 103-108; E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 505; F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1998, 197.

(20) La normale irrilevanza del consenso o dissenso dei destinatari e il consenso del beneficiario ove richiesto (autorizzazioni o concessioni) non fa venire meno l'unilateralità del provvedimento così F. LEDDA, *Dell'Autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, 1273 s.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 289; D. SORACE, voce, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 46 s.; cfr. E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 505; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 28. Diverse sono le conclusioni di B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, IV ed., 2012, 323; Id., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 409 s.

(21) Da ultima: G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016, 66 s.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 289; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, cit., 783; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, Torino, 2012, 266; cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 97; M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2013, 157.

(22) F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, cit., 197.

(23) Sulla distinzione tra efficacia ed effetti per tutti si vedano: Santi ROMANO, *Osservazioni sulla efficacia della legge*, in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, 403; D. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 300.

(24) Alb. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. Romano, Torino, 2016, 799.

prefigurando le vicende giuridiche (efficacia tipica) che quel tipo di atto amministrativo può realizzare (25) nella sfera giuridica altrui (26). Separata la pubblica amministrazione dalla sovranità, sottoposta la stessa alla legge, privata di ogni prerogativa o signoria come istituzione in sé e per sé considerata, si afferma per l'atto amministrativo quell'evoluzione che ha portato alla funzione e alla nominatività e tipicità dell'atto amministrativo (27). È la radice semantica *auctoritas* (28) — da cui deriva l'aggettivazione *autoritativo* — a segnare l'autorità, la forza, conferita a chi non può più averne una propria, come invece era un tempo per l'atto regio o sovrano (29).

L'*auctoritas* è la forza derivata dalla legge per ciascun tipo d'atto amministrativo, nel senso che è la legge a correlare un determinato atto formale, il contenuto del potere e l'efficacia dell'atto verso le posizioni soggettive dei destinatari e dei terzi, facendo venire meno ogni riferimento diretto o indiretto all'autorità dell'istituzione soggettivamente considerata, così come da

(25) A prescindere da qualsiasi consenso dei destinatari diretti o di terzi; in tal senso già: E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction*, cit., 153; R. DARESTE, *La justice administrative en France*, cit., 58.

(26) *A fortiori* per atto sovrano: cfr. S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Atti del convegno Salerno 14-15 novembre 2014, a cura di S. Perongini, Torino, 2017, 10.

(27) Similmente ad altri istituti giuridici come la proprietà privata del diritto romano che ha cessato di essere intesa come potere del *pater familias* ove l'efficacia d'esclusione dei terzi era il riflesso di una signoria sulla cosa e non derivato da un vincolo di legge d'astenersi *erga omnes* (diritto assoluto) dall'ingerire nel diritto di proprietà privata (art. 832, c.c.): per tutti è l'omaggio a G. PROVERA, *Introduzione al corso di Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1983, 20.

(28) Certo l'efficacia dell'atto autoritativo deriva dalla legge generale e astratta e non è data con atto tutorio per ogni singolo provvedimento: P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 3^a ed., I, Milano 1923, 112; F.J. CASINOS MORA, *Noción romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada, 2000, 237.

(29) L'*auctoritas*, che segna l'atto con cui i membri patrizi del Senato consentivano ad un atto del Comizio popolare di spiegare i suoi effetti, è l'attività con la quale uno integra l'efficacia degli atti di un altro, di per sé non sufficiente (radice del verbo augeo « accresco », « aumento »): G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, 70; A. BISCARDI, *Auctoritas patrum. Problemi di storia del diritto pubblico romano*, Napoli, 1987, 20; V. MANNINO, *L'auctoritas patrum*, Milano, 1979, 35; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, 202; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 41.

taluno equivocamente affermata ancora a fine ottocento, ove l'atto amministrativo era pensato con una propria forza d'autorità e non piuttosto per disposizione di legge (30).

2.2. Sebbene la disciplina sulla nullità e annullabilità sia letteralmente riferita ai soli "provvedimenti amministrativi" (l. n. 241 1990, art. 21 *septies* e art. 21 *octies*) (31), non si è dubitato che la disciplina di diritto amministrativo sulla validità dei provvedimenti s'applichi — *verso i terzi* — agli accordi sostitutivi di provvedimento (l. n. 241 del 1990, artt. 11, co. 1°) e a quelli tra amministrazioni (l. n. 241 del 1990, art. 15) (32), poiché da tale punto di vista (*terzi*) permane il carattere autoritativo di quell'atto che tra le parti è un accordo. Perciò è solo tra le parti dell'accordo che la definizione di validità si confronta con i principi del codice civile sulle obbligazioni e contratti, sempreché non sia diversamente disposto e in quanto compatibili con la natura pubblica dell'accordo (l. n. 241 del 1990, art. 11, co. 2°; art. 15, co. 2°).

Nonostante che per gli *atti non autoritativi* il rinvio sia al

(30) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 1898, 148: "L'efficacia dell'atto amministrativo è giuridica, cioè importante vera obbligazione. La ragione si è che l'atto amministrativo emana da fonte legittima e da autorità *che per sua natura* ha diritto a statuire. Né osta che alla sola autorità legislativa stia il fare le leggi, poiché non è solo la legge che obbliga, ma ogni comando di legittima autorità, poiché conforme a legge." Criticamente: L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Parigi, 1911, 74, 92. Lo Stato non è più « *puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération des services publics organisés et contrôlés par des gouvernantes* »: L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *Théorie générale de l'État*, Paris, 1911, 99. Per la distinzione tra non difformità, conformità formale e conformità sostanziale: M.C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1957, 25 e s.

(31) Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993; F. LEVI, voce *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 124; A. PIRAS, voce *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 598; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 383 ss.

(32) Seppure manchi una norma d'estensione agli altri atti amministrativi e agli accordi come in diritto civile ove la disciplina sui contratti si applica anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.): cfr. L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998.

diritto privato, salvo diversa disposizione di legge (l. n. 241 del 1990, art. 1, co. 1 *bis*), gli stessi sono stati quasi sempre assimilati nel trattamento giuridico alla disciplina del provvedimento amministrativo: perché dalla legge funzionalizzati all'interesse pubblico e sottoposti perciò a un maggiore rigore rispetto a quanto previsto dal diritto privato (33); poiché la legge dà rilevanza agli effetti che l'atto produce verso i terzi, diversamente da quanto prescritto per gli atti di diritto privato anche unilaterali (art. 1372, co. 2°; art. 1324, c.c.). Così è stato da sempre per l'atto d'aggiudicazione di appalti e concessioni che conclude la trattativa con i privati e consente di stipulare il contratto, ma anche — non senza contrasti — per taluni atti del concessionario o delle società per azioni sotto controllo pubblico (34).

Sempre alla disciplina generale sulla nullità e annullabilità dei provvedimenti ci si è riferiti per gli atti deliberativi che sono esecutivi di accordi o convenzioni tra amministrazioni pubbliche (art. 15, l. n. 241 del 1990), in particolare quelle deliberazioni che hanno ad oggetto l'esercizio associato di funzioni e servizi (artt. 30 e 31, d. lgs. 18 agosto 1990, n. 267), per i quali è difficile ipotizzare rapporti giuridici « non pariorinati ». Il ragionamento vale anche per gli atti del consorzio (art. 30, d. lgs. 267 del 2000, cit.; artt. 862, 863, 2° co., c.c., ecc.) che hanno come destinatari le stesse amministrazioni consorziate (definizione delle quote consortili, ecc.), nonostante che il parametro di validità oltre la legge sia dato — non molto diversamente dalle deliberazioni degli organi di società, associazioni, o consorzi di diritto privato — dall'attuazione dello statuto e dell'atto costitutivo.

Ad essi sono stati assimilati — non senza possibili rilievi — quegli atti che avanti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (35) sono stati denominati « paritetici »: quelli adot-

(33) Corte di Appello di Firenze, 24 novembre 1891, Comune di Firenze c. Soc. Illumin.gas della Città di Firenze, in *Foro it.*, 1892, I, 394; per un commento critico, oltre a F. Cammeo, si veda: A. CODACCI PISANELLI, in *Giur. it.*, 1892, I, 2, 53. Per tutte: Cass. Firenze 22 settembre 1875, in *La Legge*, XV, I, 224; Cass. Firenze, 25 giugno 1895, in *Foro it.*, 1895, I, 1038.

(34) Già per tutti: Cass., S.U., 6 maggio 1995, n. 4992, in *CI*, 1996, I, 1, 493 con nt. di E. CANNADA BARTOLI.

(35) È elaborazione ricondotta a G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, 287; vol. III, Padova,

tati verso i debitori per la definizione degli oneri di urbanizzazione o verso i creditori di finanziamenti pubblici; tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici o dei creditorituti delle prestazioni di servizio pubblico; non ultimi gli atti di amministrazione verso i titolari dei diritti reali o della « personalità » (36). In generale si è ricordato che ciò è vero ovunque i destinatari dell'atto possano vantare la titolarità di una posizione di diritto soggettivo verso l'amministrazione pubblica o verso terzi in forza di un atto dell'amministrazione medesima, la cui efficacia realizzi per ciò solo le vicende giuridiche — previste dalla legge — sulle posizioni soggettive dei terzi medesimi.

La categoria unitaria dell'atto autoritativo e dei provvedimenti amministrativi, che ai primi sono assimilati in varia guisa per disciplina e efficacia verso i terzi, fonda la distinzione essenziale con gli atti d'autonomia privata e soggetti alla relativa disciplina di dettaglio e di principio, che ne fonda perciò una differente natura giuridica.

1940, 386; da ultimo A. QUARTULLI, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il 150° anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1517, 1528. In giurisprudenza oltre alla decisione primigenia di Cons. St., sez. V, 1 dicembre 1939, n. 795, in *Giur. It.*, 1940, III, 95, est. Fagiolari con nota di P. BODDA, *Intorno ad un indirizzo in tema di giurisdizione esclusiva*; si vedano: Cons. St. Ad. Pl., 26 ottobre 1979, n. 25, in *Cons. St.*, 1979, I, 587; in materia di pubblico impiego: Cass. S.U., 10 agosto 1996, n. 7406; Id., 14 febbraio 1997, n. 1345; Cons. St., sez. V, 26 giugno 1996, n. 798, in *FA*, 1996, 1938; Id., 12 ottobre 1995, n. 1412, *FA*, 1995, 2188; per gli atti che definiscono l'obbligo del pagamento degli oneri di urbanizzazione: Cons. St., sez. V, 26 marzo 1996, n. 294, in *RGE*, 1996, I, 699; Id., 12 ottobre 1995, n. 1394, *FA*, 1995, I, 2181; Id., 25 maggio 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 aprile 1996, n. 3819; Da ultimo sulla giurisdizione esclusiva: C. E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1908; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Il Foro it.*, 2004, 2598; M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte costituzionale. La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 969; M. C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti della Corte Costituzionale*, in *Dir. proces. amm.*, 2010, 934.

(36) 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. E. CASETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 s.

2.3. La moltiplicazione dei tipi d'atti amministrativi e la differente natura degli atti giuridici che si trova a utilizzare la pubblica amministrazione appare una formalizzazione teorica necessaria della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (37), le cui norme non possono non offrire la definizione dei caratteri dell'atto, della sua natura giuridica, dei suoi elementi di validità a seconda degli ordinamenti presi in considerazione.

La pluralità degli atti amministrativi riconduce dunque alla pluralità degli ordinamenti di cui è partecipe una pubblica amministrazione. È noto infatti che la pluralità degli ordinamenti giuridici, come parametro di validità dei differenti atti giuridici, è stata indicata come la naturale conseguenza dell'organizzazione sociale degli individui in più di un ordinamento. Può trattarsi di un ordinamento originario-sovrano, oppure di ordinamenti da esso derivati come sovranazionali o d'ambito locale o settoriale, perché da quel punto di vista riconosciuti (38). Tali ordinamenti, possono dirsi caratterizzati da quello originario; poiché nel primo

(37) Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (ma 1918), rist. *L'ultimo* Santi Romano, a cura di Alb. Romano, Milano, 2013, 76 s.

(38) La questione dei rapporti tra ordinamenti e del riconoscimento tra essi (Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 94 e s. 103 s.) è spesso erroneamente confusa con la differente questione se i diritti dell'uomo siano posti dal diritto positivo oppure preesistenti ad esso: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Padova, 1969, vol. I, 146: parla di "riconoscimento" di diritti inviolabili volendosi integralmente significare che lo stato non li crea ma li trova radicati nella coscienza sociale; per i rapporti tra ordinamenti: G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, 2, 287; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009; ID., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3475; P. GAETA, *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione, relazione all'incontro di studio su Giudice penale, giudice costituzionale e Corti sopranazionali*, C.S.M., Roma, 11-13 febbraio 2008, in www.csm.it, 2008; S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* a cura di S. P. Panunzio, Napoli, 2005; L. MONTANARI, *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra giudici*, in *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano, 2004; L. FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma, 2008; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia (1971)*, Milano, 1993; ID., *Political Liberalism*, Columbia U.P., New York, 1993; J. L. MACKIE, *Can There Be a Right-Based Moral Theory?* (1978), in J. WALDRON (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, 179. Per una consustanzialità: F. RUFFINI, *La libertà di religione come diritto pubblico subiettivo*, (1924), rist. Bologna, 1992, 237 s., spec. 246, 247-248.

trovano, oltre al loro riconoscimento, anche la definizione della loro efficacia.

Tale efficacia può essere riconosciuta dall'ordinamento sovranamente integralmente oppure parzialmente; in quest'ultimo caso per materie determinate, per tipologie di interessi, per tipologie di fonti normative.

3. *Le ragioni di nullità e annullabilità degli atti amministrativi tra leggi e principi giuridici.*

3.1. La distinzione tra nullità e annullabilità (39) degli atti d'amministrazione è parte della teoria generale del diritto delle organizzazioni i cui organi gestiscono interessi superindividuali (fondazioni, associazioni, società, consorzi, enti pubblici, ecc.) (40) e i cui atti hanno come fine "l'amministrazione" di un interesse collettivo, meglio se indifferenziato, ancor più se a carattere non patrimoniale ed in varia guisa indisponibile agli amministratori dell'ente (41).

Nel diritto amministrativo tuttavia l'invalidità è stata l'esito della sottoposizione al diritto dei poteri di governo, che è una delle funzioni di esercizio della sovranità. L'invalidità nel diritto

(39) È la l. 11 febbraio 2005, n. 15 di integrazione della l. 7 agosto 1990, n. 241 che ha introdotto la distinzione un tempo tra inesistenza (ora nullità) e illegittimità (ora annullabilità); per tutti si veda: Alb. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. Romano, Torino, 2016, 796 s.; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 376 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità di diritto amministrativo*, Milano, 2004; C. E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.* 2017, 44 s.; nonché: G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 660; L. MAZZAROLI, *Sulla disciplina delle nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543.

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

(41) 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 o 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.

pubblico è dunque — più che in altri rami del diritto — anzitutto una questione di bilanciamento tra funzioni che sono del pari esercizio della sovranità. Nel diritto pubblico assumono giuridica rilevanza i poteri tipici di cui sono manifestazione i relativi atti d'amministrazione tipici, anzitutto nei sui rapporti con gli altri poteri o funzioni dello Stato (“legislazione e giurisdizione”) e con gli atti che ne sono considerati l'esercizio (legge e sentenza).

È stato sufficiente concettualizzare l'esercizio dei poteri di governo in atti giuridici — “atti d'autorità” o “atti autoritativi” — per configurare un ricorso contro tali atti, poi un vero e proprio giudizio sui conflitti tra “poteri dello Stato” (42), infine la definitiva soggezione dei medesimi atti al diritto obiettivo. In realtà il percorso culturale non è stato né lineare né uniforme, anche se oggi è normale pensare che di un atto giuridico si predichi inevitabilmente la sua conformità al diritto obiettivo, che trattandosi dell'azione di governo la stessa si articoli in “atti amministrativi”, infine che tale articolazione rechi ineludibilmente con sé la “tipicizzazione” dei poteri, dunque l'assoggettamento dell'amministrazione pubblica al principio di legalità.

È una sintesi sull'atto amministrativo che è normale vedere nelle trattazioni e che può essere qui condivisa con un'avvertenza. La soggezione al diritto obiettivo non si esaurisce nella legge (43), seppure intesa in senso lato come diritto scritto o di volontà (del principe o del parlamento), ma è quasi sempre integrata e completata dal diritto *non scritto o involontario*, che in varia guisa ha sottoposto gli atti di governo alle riflessioni sui limiti posti dallo *jus*; sia esso lo *jus civile*, il diritto naturale, il costituzionalismo, o quelle norme costituzionali o legislative, che proprie dell'ordinamento sovrano o di ordinamenti da questi richiamati (derivati), hanno recepito i doveri e diritti dell'uomo come parte essenziale delle Costituzioni scritte o non scritte del mondo occidentale.

(42) *Amplius* R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto di autorità in Francia*, in *Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 269.

(43) Per una ricostruzione delle origini della nullità per tutti: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, 12 s.

Doveri (44) e poi diritti dell'uomo e del cittadino enunciati senz'altro da una cultura ritenuta emergente tra XVII e XIX secolo, che entrano nel mondo giuridico — prima come diritto naturale poi come diritto positivo (45) — essenzialmente per il tramite della concettualizzazione giuridica dei principi come diritto contrapposto alla legge, ma che di essa diviene infine il completamente.

Nelle costituzioni o nei trattati la tutela di principio dei diritti e dei doveri dell'uomo assume un carattere identitario degli ordinamenti che l'accolgono. È proprio in tale carattere identitario che consiste essenzialmente l'indisponibilità dei principi a fondamento dei diritti e doveri (46), principi che riguardano non solo l'attività ma anche l'organizzazione e che presiedono alle istituzioni che sono essenziali: il parlamento a cominciare dal principio di rappresentatività; la magistratura e il principio d'indipendenza, o di motivazione degli atti; il governo e la sua amministrazione con il principio d'imparzialità, di cura dell'interesse pubblico, di motivazione e logicità delle scelte compiute nell'interesse pubblico.

(44) S. DE PUFENDORF, *Le devoir de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, tr. a cura di J. Barbeyrac, Amsterdam, 1748, per edizione in internet <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k82777m>.

(45) F. RUFFINI, *La libertà di religione come diritto pubblico subiettivo*, (1924), rist. Bologna, 1992, 216 s.

(46) Da ultimo R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 551 s.; G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, 2, 287; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009; ID., *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in *La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali*, (Accademia dei Lincei, Roma, 28-29 febbraio 2008), in www.astrid-online.it, 2008; ID., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3475; P. GAETA, *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione, relazione all'incontro di studio su Giudice penale, giudice costituzionale e Corti sopranazionali*, C.S.M., Roma, 11-13 febbraio 2008, in www.csm.it, 2008; S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; L. MONTANARI, *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra giudici*, in *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano, 2004; L. FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma, 2008; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia (1971)*, Milano, 1993; ID., *Political Liberalism*, Columbia U.P., New York, 1993; J. L. MACKIE, *Can There Be a Right-Based Moral Theory?* (1978), in J. WALDRON (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, 179.

3.2. Nei principi si sono anche comunemente trasfuse le elaborazioni teoriche, le analisi sistematiche o quelle che si vuole fondate sul principio di non contraddizione, ragionevolezza, o proporzionalità, che talora il legislatore suppone ma che si sono imposte comunque attraverso il giudice e la sua interpretazione, inizialmente come diritto naturale o di ragione, poi come teorie capaci di riordinare a sistema il diritto positivo.

Così le norme sulla nullità sui contratti (art. 1418, c.c.) e ora anche quelle sui provvedimenti amministrativi (l. n. 241 del 1990, art. 21 *septies*). Da sempre si predica che la nullità è solo quella comminata dalla legge e per cause dalla stessa tassativamente definite, salvo soggiungere subito dopo che: l'atto è nullo "ancora prima per mancanza di quanto è ontologicamente essenziale" alla sua definizione (47); "poiché la nullità di un atto può essere esclusa per volontà del legislatore oppure per deduzione logica dalla natura delle cose".

Natura delle cose che un tempo era definita dal diritto naturale, poi dal diritto positivo ed in particolare dalle codificazioni, poi ancora dal diritto non scritto che continua a manifestarsi come necessità ordinamentale di una ricostruzione *ex post* di quanto all'occorrenza ha posto il legislatore senza alcun disegno unitario, offrendo interpretazioni sistematiche che — ora come allora — debbono ricondurre la legge ai principi, anche solo ... al principio di ragionevolezza, di proporzionalità, d'uguaglianza, imparzialità e buona amministrazione.

Perciò se l'atto amministrativo è nullo ove adottato in difetto assoluto di attribuzione, in violazione o elusione del giudicato e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, lo stesso è nullo anzitutto ove manchi degli elementi (*rectius*: requisiti) essenziali (l. n. 241 del 1990, art. 21 *septies*) che solitamente sono individuati nel soggetto, nell'oggetto, nei destinatari, nell'interesse pubblico e nella forma (*infra* § 7).

(47) Per tutti: « Le nullità sono di stretto diritto, né possono supplirsi (ma) vi è nullità allorché sono state omesse alcune forme intrinseche o essenziali » (G. B. PERRIN, *Trattato delle nullità di diritto civile*, tr. it. M. Fanelli, 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 (V. H. SOLON, *Trattato delle nullità delle convenzioni e degli atti in materia civile*, Napoli, 1840, 3).

Legge e principi sono due modi di essere del diritto obiettivo che sono — come è noto — tra essi complementari per opposti caratteri: diritto scritto, volontario, generale e astratto per le leggi; *jus non scriptum*, *involuntarium* e che decide del caso concreto per i principi. Quest'ultimi si espandono nei periodi di crisi della legge e dei parlamenti — in genere delle norme generali e astratte — per l'incapacità o impossibilità politico-istituzionale di risolvere i conflitti in via generale e astratta, sicché la soluzione non può che essere assunta dall'interprete secondo i principi ritenuti prevalenti e secondo quel bilanciamento tra interessi che è noto alla cultura giuridica europea e americana da molto tempo (48).

Principi degli ordinamenti nazionali, internazionali e sovranazionali, che hanno ricevuto nuovo impulso nel secondo dopoguerra con la tutela dei diritti universali della persona umana, confortando il pensiero giuridico e politico identitario d'occidente, di quello che in modo figurato è stato chiamato il dialogo tra le Corti sui diritti e libertà fondamentali (49). La legge che nella disciplina

(48) Oltre a ciò che rappresenta ormai un classico in materia: A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione, L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; si vedano: G.C. HAZARD jr., *The position of the Supreme Court in the contemporary constitutional sistem of the Unites States*, in *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, a cura di G. Lombardi, Rimini, 1985, 161 s.; G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1984, 220 s.

(49) A. SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, f. 4, 2012; V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il Foro it.*, 2012, col. 29; S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla Cedu: il parametro di legittimità "conteso" tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2247; ID., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011; R. GRECO, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in www.giurcost.org, 2011; G. TESAURO, *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in C. BALDUCCI e M. L. SERRANO, *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro - Atti del Convegno nazionale*, Casper Ciber Publishing, 2011, 11; A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.diritticomparati.it, 2011; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 2010, f. 6; M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Torino, 2009; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Unione Europea*, 2009, 195; A.A. Vv., *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*,

di diritti, doveri, obblighi e poteri, si deve confrontare — ora più che mai — con i principi che sono un limite della stessa sovranità, in sede nazionale con le Costituzioni, in sede internazionale o sovranazionale con i trattati. Una tutela dei diritti e doveri della persona umana posti dunque da norme di principio nazionali, sovranazionali o internazionali, che sono perciò inderogabili a seconda della rilevanza nazionale, sovranazionale o internazionale del conflitto o delle posizioni soggettive prese in considerazione. Con un effetto di sistema che appare rilevante: dalla pluralità degli ordinamenti si è ormai giunti alla definizione di una pluralità di posizioni soggettive rilevanti per ciascuno di essi.

Certo assumono anzitutto particolare rilevanza le definizioni dei diritti e dei poteri che — entro tali limiti — pone il legislatore nazionale, sia direttamente sia con rinvio ad altri ordinamenti, con scelte di rango legislativo che sono certo soggette a verifica di conformità alle norme nazionali o internazionali, senza mai dimenticare che, in mancanza d'intermedio legislativo, s'apre uno spazio per l'immediata precettività dei principi posti in norme costituzionali o sovranazionali.

3.3. La disciplina sulla validità degli atti amministrativi è posta anzitutto dalle fonti del diritto abilitate a tal fine dai differenti ordinamenti (leggi regolamenti, direttive, ecc.), dalla scelta degli organi e dei procedimenti atti a produrle (norme sulla produzione giuridica). Assumono particolare rilievo le riserve di

Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano, 2010; M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R. E. Kostoris, Torino, 2008; L. CONDORELLI, *La Corte Costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008; F. DONATI, *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2008, f. 1; M. CARTABIA, (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; Id., *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporto tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2007, 1; L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, Atti del Convegno di Copanello su la "Corte costituzionale e le Corti d'Europa", in www.rivistaaic.it, 2002, 127.

legge a tutela dei diritti soggettivi o i principi istituzionali delle pubbliche amministrazioni (50): tutte le riserve di legge (assolute e relative) indicano la fonte primaria come fonte necessaria per individuare i casi di nullità dell'atto amministrativo (51). Per i casi d'annullabilità è ritenuta sufficiente la fonte secondaria (artt. 23, 32, 41, 42, 97, ecc., Cost.); vi sono certo casi d'eccezione in cui un potere d'amministrazione sia sottoposto alla riserva assoluta (artt. 13, 14, 21, ecc., Cost.) con riferimento al contributo del regolamento alla definizione della fattispecie incriminatrice (Corte cost. n. 113 del 1972, n. 364 del 1988). In entrambi i casi i principi sono stati visti ad un tempo come un limite o un utile completamento di quanto non va previsto in legge (52).

Posizioni soggettive, fonti del diritto e cause d'invalidità sono state costruite sin dai primordi come concetti giuridici correlati. Anzitutto dai poteri dell'amministrazione pubblica verso gli amministrati, con un'avvertenza. Diritti, obblighi, poteri e doveri,

(50) *Amplius* R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione tra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 518 s., spec. 546-547; poi in *Id.*, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, cap. IV.

(51) Alb. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 153 e s.; *Id.*, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. Romano, Torino, 2016, 801. Si vedano già: Corte cost. 24 luglio 1972, n. 144; Corte cost. 29 marzo 1972, n. 56; Corte cost. 24 aprile 1967, n. 52; Corte cost. 3 maggio 1963, n. 55; Corte cost. 14 febbraio 1962, n. 4; Corte cost. 23 marzo 1960, n. 12; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio sulla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 167 per la necessità di una predeterminazione legislativa dell'oggetto potere; A. FEDELE, *Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca (art. 23), Bologna-Roma, 1978, 99-105, ed ivi riferimenti spec. nt. 16 e s.

(52) Affermatasi la legge come disciplina a tutela delle "libertà", è stata una semplice applicazione del principio di specialità prevedere che solo la legge possa conferire un potere all'amministrazione pubblica in deroga alla definizione del diritto soggettivo (Statuto Albertino). Alla legge, come fonte unitaria del rapporto autorità-libertà, segue inevitabilmente l'affermazione dell'unità della sua interpretazione giurisdizionale sui confini tra diritti e poteri verso chiunque, foss'anche l'amministrazione pubblica e i suoi poteri. Diritti e 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 pubblici poteri (l. 20 marzo 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 conseguentemente si possa o no riconoscere la protezione offerta dal diritto soggettivo.

sono concetti giuridici della teoria generale del diritto e riguardano indifferentemente sia gli individui sia le organizzazioni che essi hanno costituito, a cominciare dall'amministrazione pubblica, poi le altre persone giuridiche in tutte le configurazioni che i differenti ordinamenti hanno definito.

Dunque non solo poteri dell'amministrazione pubblica ma anche diritti, ma ancor più obblighi e doveri di questa, correlati a diritti di credito (es. artt. 31-38; 46 Cost.) o a diritti assoluti (es. artt. 13-21; 29-30; 39-42 Cost.) di individui o organizzazioni (53); doveri e obblighi degli enti pubblici che così sono tali anche ove all'occasione il diritto positivo abbia preferito indicarli come diritti degli amministrati (es. art. 36, 37, 1° co., seconda frase, Cost.).

Anche le ragioni di principio dell'annullabilità sono — a ben vedere — questioni di teoria generale dello Stato. Alla fine del XIX secolo s'afferma l'idea che l'agire dell'amministratore pubblico non è più riservato all'autonomia politica, sicché oltre i limiti dei diritti soggettivi le scelte d'amministrazione sono attratte al controllo del Consiglio di Stato per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, perciò sottratte all'agone politico e all'esito delle differenti competizioni elettorali o al potere di autocorrezione dell'amministrazione pubblica (ricorsi amministrativi; autoannullamento).

Sin da allora (1889) si è reso giuridicamente rilevante un sindacato sulle scelte d'amministrazione adottate in violazione della distribuzione delle competenze tra organi (incompetenza relativa), ma soprattutto, degli standard normativi che definiscono un'attività vincolata (*violazione di legge*), oppure perché in contrasto col principio che impone che siano valide solo le scelte discrezionali che risultino logiche e comprensibili (*eccesso di potere*).

Si è detto che non sono insuperabili la forma e la forza di legge delle norme che impongono gli standard d'amministrazione come ragione dell'annullabilità del provvedimento. Fatte salve le ipotesi coperte da riserva di legge assoluta o da riserva a fonti sovranazionali (trattati, regolamenti, direttive), gli standard d'am-

(53) La mancanza dei quali riafferma il generale dovere inderogabile di solidarietà di organizzazioni sociali o individui (es. artt. 2, 23, 30, 1° co., 44, 52-54 Cost.).

ministrazione possono essere delegificati o direttamente definiti attraverso l'emanazione di un regolamento da parte della stessa amministrazione che agisce. Sin dall'800 la legge che fonda l'annullabilità è una norma d'amministrazione che perciò è legge solo in senso formale (54). La definizione delle nullità sono invece legge formale e sostanziale in senso proprio, che il principio di specialità prima e le riserve di legge poi hanno reso indispensabile per fondare i poteri che l'ordinamento italiano ha attribuito all'amministrazione pubblica.

La validità degli atti amministrativi è perciò legalità dei pubblici poteri, nel senso di conformità sostanziale alle norme — scritte o non scritte, di principio o di dettaglio — che li disciplinano nei confronti delle posizioni soggettive ad essi contrapposte o correlate (55). La *nullità* segna la non conformità alla definizione legislativa o dei principi che attribuiscono poteri all'amministrazione pubblica in deroga alla definizione legislativa o di principio dei diritti soggettivi, assoluti o relativi. L'*annullabilità* indica la non conformità ai principi istituzionali di governo e alle norme d'amministrazione di legge o di regolamento o di norme sovranazionali che definiscono la corretta cura del pubblico interesse che può essere fatta valere dai titolari di interessi legittimi, siano essi oppositivi o pretensivi.

3.4. Ai poteri definiti dagli ordinamenti statali si aggiungono i poteri che gli ordinamenti sovranazionali hanno attribuito alle amministrazioni europee o degli Stati membri in conformità a norme e procedure definiti dai Trattati, dai regolamenti europei, o dalle direttive *self-executing* ove l'intermedio legislativo manchi. Perciò la riserva di legge ha come oggetto e non può che discipli-

(54) È nozione ottocentesca, quando le leggi d'amministrazione erano due: la legge di bilancio e quella di ratifica dei trattati internazionali: A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 10 s.; Santi ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Scritti minori*, vol. 1, Diritto costituzionale, Milano, 1950, 47 s.

(55) Si vedano con particolare riferimento alle posizioni soggettive di cui risultano titolari i destinatari dell'attività amministrativa: F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, Torino, 2017, 221 s.; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi e spunti di riflessione*, in *Foro It.*, 1987, V, 469; Alb. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1989, 511 s.

nare i poteri attribuiti dall'ordinamento italiano, non invece i poteri o funzioni dati dall'ordinamento dell'Unione alle istituzioni europee, per i quali valgono al più le riserve di procedimento e di competenza indicati dai relativi Trattati (56). L'affermazione permane vera anche se tali poteri hanno effetto nell'ordinamento degli Stati Membri oppure ove si tratti di funzioni europee assolte da organi o enti degli Stati nazionali in base al principio di sussidiarietà (art. 5, TUE), come nel caso della Corte dei Conti in sede di cooperazione al controllo (art. 287, co. 3°, seconda frase, TFUE) (57) o degli organi di giurisdizione in sede di rinvio pregiudiziale (art. 267, TFUE).

Nel superamento delle fonti nazionali la distinzione teorica tra norme di relazione e norme di azione (58) può essere ancora un utile riferimento: alle prime la definizione di ciò che spetta a ciascuno come diritto soggettivo, come dovere, obbligo o potere, così come definito dall'ordinamento rilevante per quella relazione; alle seconde la definizione degli standard d'amministrazione che sono disponibili all'amministrazione pubblica (statuti, regolamenti, atti generali) perché lasciati alla sua autonomia dalle riserve di legge o di altre fonti secondo l'ordinamento di riferimento (59), oppure perché sono addirittura da quest'ultime ad

(56) Sul diritto derivato si vedano: Corte cost. 28 gennaio 2010, n. 28; Corte cost. 24 giugno 2010, n. 227.

(57) R. CAVALLO PERIN, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nel sistema delle istituzioni*, in *La cooperazione fra Corte dei Conti europea e Corte dei Conti italiana. Esame comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo* (Roma, 27 giugno 2008), in *Corte dei Conti*, 2009, 45-52.

(58) E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1954, la tesi è ripresa successivamente in chiave di pluralità degli ordinamenti giuridici da Alb. 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 ordinamento amministrativo*, *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 s.

(59) Alb. 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 Alb. Romano, Padova, 1992; ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministra-*

essa assegnati come campi materiali esclusivi (organizzazione e disciplina delle funzioni: art. 117, co. 6°, Cost.), salvi i principi istituzionali o i limiti d'omogeneità imposti da altri livelli d'interesse.

La necessità di un'attività amministrativa uniforme può legittimare una disciplina nazionale o sovranazionale sulla funzione amministrativa con standard unitari correlati ai differenti livelli d'interesse. È l'idea che alla fine del secolo scorso aveva ispirato un'amministrazione « secondo la legge » (60), affermando allora la creazione di un'amministrazione nazionale, che ora riappare come necessità di poteri e esercizio di funzioni di un'amministrazione europea, esercitate da istituzioni dell'Unione oppure — e senza contraddizione logica — da organi e enti degli Stati nazionali (61).

4. *La tutela in concreto delle posizioni soggettive: tra amministrazione e giurisdizione.*

È normale raffigurare la tutela dei diritti in via astratta dalla legge e in concreto dalla giurisdizione, mentre l'amministrazione e i suoi poteri sono un limite necessario che occorre tenere a freno per evitare che si conculchino le libertà. Trattasi di una ricostruzione parziale che indica tra i poteri amministrativi solo quelli a limitazione dei diritti soggettivi dei diretti destinatari, dimenticando l'effetto di favore che i medesimi producono verso i diritti dei

tiva e la loro evoluzione, in Atti del Convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa, Napoli, 1996, 57 s.

(60) S. SPAVENTA, *Discorsi parlamentari*, Roma 1913; Id., *Giustizia nell'amministrazione, Gazzetta provinciale di Bergamo*, 7 maggio 1880, n. 107, ora in http://www.iisf.it/publicazioni/quaderni_del_trentennale/q10.pdf, 17 s.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 488 s.; L. MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di Silvio Spaventa*, Napoli, 1979, 115 s.; S. SABBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 35 s.; ancora molti anni più tardi v. i rilievi di V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo* a cura di V. E. Orlando, Milano, 1904, III, 633 s.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, 1924, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 206 s.

(61) *Amplius* R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana-Studi* a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. I, Firenze, 2016, 7 s.

controinteressati, ma soprattutto omettendo l'altra grande classe dei poteri i cui atti hanno come effetto la rimozione di un limite all'esercizio di un diritto soggettivo (autorizzazioni) o addirittura costitutivi o traslativi di diritti soggettivi (concessioni), per scelta discrezionale o per obbligo di legge.

La giurisdizione si distingue dall'amministrazione per il differente carattere delle due funzioni. Anche nella tutela dei diritti la giurisdizione deve restare un intervento d'eccezione a salvaguardia della sua terzietà (art. 111, co. 3°; art. 101, co. 2°, Cost.), poiché l'ordinaria tutela dei diritti dell'uomo, umani o fondamentali (62), è anzitutto un compito istituzionale dell'amministrazione pubblica, con riferimento non solo ai diritti sociali o di credito a prestazioni di servizio pubblico (63), ma anche a tutela della proprietà privata o d'iniziativa economica, di circolare liberamente o di vivere in un ambiente salubre, senza scordare la libertà di religione o di pensiero che gli individui non possono neppure pensare di esercitare normalmente senza l'attività della pubblica amministrazione, il cui atto autoritativo ha normalmente effetti verso tutti gli interessati.

L'amministrazione è una garanzia quotidiana dei diritti soggettivi (64); la giurisdizione è invece un intervento correttivo contro le patologie (65), di verifica della conformità della scelta

(62) Per una rilettura della cultura europea nella costruzione storica dei diritti dell'uomo: V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo*, Bari, 2015, spec. 135 s.

(63) F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

(64) Come gestore o come controllore della gestione altrui. Su *class action* pubblica: Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512; Tar Lazio, sez. II *quater*, 6 settembre 2013, n. 8154; Tar Liguria, sez. II, 7 maggio 2013, n. 758; Tar Lazio, sez. III, 20 gennaio 2011, n. 552; Tar Lazio, sez. I, 1 ottobre 2012, n. 8231; a riguardo: A. CLINI e L.R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi e legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1462 e s.; C. E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. e appalti*, 2010, 501; F. CORTESE, *Se i permessi non arrivano, allora possiamo fare squadra: i ritardi dell'amministrazione dell'interno e i contorni della class action amministrativa*, in *Dir. imm. cittadinanza*, XV, 4, 2013, 101; E. ZAMPETTI, *Class action pubblica ed effettività della tutela*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 4104.

(65) Per le azioni *nunciatricie* a tutela della proprietà privata e occupazione usurpativa: Cass. SU, 17 febbraio 2014, n. 3661; Cass. civ., 5 ottobre 2012, n. 17068; Cass. SU, 28 febbraio 2007, n. 4633; Cass., SU, 8 novembre 2006, n. 23735; Cass., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9171; Cass., SU, 11 febbraio 2003, n. 2062; alle azioni possessorie:

interpretativa che è stata prescelta dall'amministrazione, con un intervento eccezionale *ex post*, ciò consente di lasciare la giurisdizione in una posizione di terzietà (66).

5. *L'inesistenza, le subspecie d'invalidità e l'irregolarità.*

5.1. La ritenuta tipicità *ex lege* delle specie d'invalidità ha portato nella teoria generale del diritto (67) ad attribuire rilevanza all'inesistenza giuridica come categoria ulteriore (68), che lascia spazio alla creazione dottrinale e giurisprudenziale ove non siano sufficienti i riferimenti legislativi ai requisiti essenziali di un atto, alla natura delle cose, ai principi o alla cultura giuridica di una determinata epoca storica. Perciò non è teoricamente importante chiarire se l'inesistenza sia interna o esterna alla definizione delle invalidità (69), purché si possa affermare « l'inefficacia degli atti affetti da vizi così gravi, ma purtuttavia non previsti in legge ». È difficile dissentire dall'idea a suo tempo enunciata (1934) che “giuridicamente l'atto nullo non è quello che esiste e che tuttavia non ha validità”, ma al contrario che “è quello che, non avendo validità, giuridicamente non esiste” (70).

Anche per il diritto amministrativo non si può escludere dunque che ricompaia la categoria dell'inesistenza dei provvedimenti, anche se l'enunciato legislativo che commina la nullità è

Cass. civ., SU, 19 agosto 2002, n. 12244; Cass., SU, 13 luglio 2001, n. 9544 o all'*actio negatoria servitutis*, ove per il caso di controversie relative a servitù d'uso pubblico si chiarisce che le pronunce del giudice ordinario hanno efficacia meramente dichiarativa: Cass. civ., SU, 17 marzo, 2010, 6406.

(66) È singolare che la cultura amministrativa abbia contribuito all'oblio e abbia accolto — quasi ad espiazione di un passato autoritario — l'idea di un primato della legge e dei giudici nell'opera di protezione dei diritti soggettivi, confondendo l'ordinaria attività di tutela, con il suo limite astratto e il suo successivo controllo straordinario di conformità-validità.

(67) Per tutti si consenta l'omaggio a G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 90 e s.

(68) Per il diritto amministrativo: R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 186 e s.

(69) Per tutti da ultimo cfr.: R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 381-383; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, 84 s., spec. 113 a favore della distinzione fondata sul risultato dell'atto.

(70) Esattamente sul piano logico C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1934, 231, 247.

ora ad ampio spettro, assecondando una disciplina che non è molto dissimile da quella sui contratti (art. 1418, c.c.) e sugli atti unilaterali di diritto privato aventi contenuto patrimoniale (art. 1324, c.c.): oltre i casi tipici previsti dalla legge (generale o speciale) determina nullità la mancanza di elementi essenziali (o requisiti (71) dell'atto amministrativo.

Sempre in altri settori del diritto hanno assunto particolare rilevanza le classi intermedie delle nullità o annullabilità relative (72), che in diritto amministrativo possono essere prese in considerazione ove si ritenga che alcune ipotesi di violazione di legge abbiano ottenuto un "salto di classe" verso le nullità con attenuazione di alcuni caratteri di quest'ultima (imprescrittibilità, legittimazione ad agire degli interessati, insanabilità, ecc.), più in generale che la normale disciplina della nullità e dell'annullabilità differisca dall'ordinario, in ragione una diversa disposizione di legge (art. 1421 c.c.; art. 1418 c.c.). Nullità relative possono essere considerate le violazioni della disciplina di derivazione europea sugli appalti e sulle concessioni, ove si ritenga che siano norme che disciplinano il diritto soggettivo delle imprese alla concorrenza nelle trattative volte alla stipulazione di un contratto. La disciplina a tutela dei consumatori ha fondato da tempo le "nullità di protezione" (73) ove la legittimazione all'azione spetta ai soli consumatori contro i produttori di beni e servizi, tra cui rientra la pubblica amministrazione che abbia la gestione di un pubblico servizio.

È un'ipotesi d'annullabilità relativa — poiché può essere fatta valere solo da colui nel cui interesse la comunicazione è prescritta — la mancata comunicazione d'avvio del procedimento (l. n. 241 del 1990, cit., art. 8, co. 4°) poiché trattasi di disciplina che deroga

(71) Alb. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. Romano, Torino, 2016, 805, 807, ove corregge l'enunciato da elementi a requisiti essenziali.

(72) Sulla configurazione della disciplina sui contratti come norma di relazione: Alb. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, spec. 19-20.

(73) Per tutti: G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; S. POLIDONI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; M. GIROLAMI, *Nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

essenzialmente a quella generale sulla legittimazione a fare valere l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi.

5.2. Sono considerate da tempo mere irregolarità (74) quelle violazioni di norme legislative o regolamentari cui — nonostante il generale del vizio di violazione di legge — non è ricondotta alcuna invalidità dell'atto, seppure le stesse assumano rilievo giuridico per un'altra ragione: l'illecito disciplinare, civile o penale; la riduzione d'incentivi per un comportamento sotto determinati *standard* di qualità; la mancata indicazione dei termini e dell'autorità a cui ricorrere (75).

La legge ha sottratto espressamente all'annullabilità due ipotesi che molti vedono come il fondamento legislativo di un filone di pensiero antiformalistico (76). L'atto emanato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma non è *annullabile* qualora sia palese che il dispositivo non avrebbe potuto essere diverso (l. n. 241 del 1990, cit., art. 21 *opties*) (77).

(74) A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano 2003, 159 ss.; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 603 ss.

(75) Cons. St., sez. III, 21 maggio 2010, n. 2506; Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6520, entrambe relative ad un'omessa indicazione dei termini d'impugnazione e dell'Autorità cui ricorrere, da cui può al più discendere la rimessione in termini per errore scusabile.

(76) L'indirizzo è condiviso in Unione europea: C.G.C.E, 11 novembre 1987, C-259/85, Repubblica francese c. Commissione punti 12 e 13 ss.; C.G.C.E, 14 febbraio 1990, C-301/87, Francia/Commissione, punti 29-31 e C.G.C.E, 21 marzo 1990, C-142/87, Belgio/Commissione, punti 46-48; Trib. C.E., sez. V, 14 gennaio 2009, (causa T-162/06), in *Foro amm. C.d.S.*, fasc. 1-2009; C.G.C.E., 12 luglio 2001, cause C-302/99 P e C-308/99 P, Commissione e Francia/TFI, pp. 26-29, Trib. C.E., 14 dicembre 2005, causa T-210/01, p. 42. Trib. C.E., V Sez., 8 luglio 2004, *Technische Glaswerke*, causa T-198/01, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1878; J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento europeo*, in *Il procedimento amministrativo europeo*, a cura di F. Bignami e S. Cassese, Milano, 2004, 145.

(77) F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; D. U. GALETTA, *Provvedimenti irregolari, regola del « raggiungimento dello scopo », carenza dell'interesse a ricorrere*

La prova *dell'amministrazione* in giudizio che il contenuto dell'atto vincolato o discrezionale non avrebbe potuto essere diverso (78), negando la possibilità dell'annullamento del provvedimento per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento (art. 7, l. n. 241 del 1990, cit.) (79), formula un'ipotesi che si distingue dalla sanatoria secondo la quale l'annullamento non può essere pronunciato se il ricorrente abbia comunque avuto conoscenza dell'avvio del procedimento (80).

L'indicata disposizione speciale e quella generale, secondo la quale la violazione di una norma procedimentale o di forma non può essere sanzionata ove non sia leso l'interesse che la norma violata mira a salvaguardare (81), pare ridisegnare nel diritto

e art. 21-octies l. n. 241 del 1990: l'opinione della sesta sezione del Consiglio di Stato, in Giust. civ., 2007, 1288; A. PRONTERA, *L'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990, tra regola, eccezione ed integrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 490; P. STAFFINI, *Considerazioni in tema di irregolarità nell'ordinamento amministrativo - L'irregolarità degli atti emanati dalla p.a.*, in *Cons. Stato*, 1996, 1573; ID., *Considerazioni in tema di irregolarità nell'ordinamento amministrativo - L'irregolarità degli atti formati da soggetti privati*, in *Cons. Stato*, 1997, 1303; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 581 ss.

(78) Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1167; cfr. Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5260; Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1588.

(79) Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 143, in *Foro amm. Cds* 2009, 1, 190, con nota P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*; ID., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva « servizi » (2006/123 ce)*, Napoli, 2008, 380; cfr. G. FARINA, *Sulla necessità di applicare in modo restrittivo e rigoroso il nuovo articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Altalex.com.*, 4; T. DI NITTO, *Il termine, il responsabile, la partecipazione, la D.I.A., e l'ambito di applicazione della legge*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 502; V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *ASTRID Rassegna*, n. 4, 2005, 12; F. CARINGELLA e M. T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo, Commento organico alla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Napoli, 2005, 130; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, spec. 280 ss.; F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Articolo 21-octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2006, 621; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 587 ss.

(80) Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2010, n. 1986; cfr. Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4551; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3467; Cons. St., sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1814.

(81) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, cit., 256.

amministrativo ciò che si è disposto per l'invalidità degli atti processuali civili (art. 156, co. 3°, c.p.c.) (82) o in diritto sostanziale penale con la norma sul reato impossibile (art. 49, c.p.) (83).

Entrambe negano — ragionevolmente — che si debba inevitabilmente irrogare la sanzione prevista dalla legge (*ex ante*) per quel tipo di condotta *contra legem* ove si constati che in concreto (*ex post*) una condotta sia stata inidonea a ledere l'interesse protetto dalla legge che la prevede, oppure perché più semplicemente in concreto (*ex post*) si rivela come condotta necessitata. Perciò non ci pare condivisibile l'idea che l'annullabilità sia esclusa ogniqualvolta la violazione della norma *non sia accompagnata* dalla lesione del bene protetto (*ratio*) (84), perché si è realizzato comunque l'assetto di interessi « prefigurato » dalla prescrizione violata (85).

(82) G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, L. I, t. II, Torino, 1973, 1588; E. FAZZALARI, *In tema di sanatoria dell'atto processuale per raggiungimento dello scopo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II sem., 170; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 1191; Id., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 1961, 703; con riferimento al nuovo art. 21 *octies*, parla di sanatoria, B. C. CAVALLARI, *Art. 156*, in *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Padova, 1988, 259; cfr. D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 364.

(83) G. NEPI MODONA, *Il reato impossibile*, *Dig. disc. pen.*, cit., 271; Id., voce *Il reato impossibile*, in *Nss. D. I.*, vol. XIV, Torino, 1967; Id., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.

(84) A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 744; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, cit., 146 s.; G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario 2002*, a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2003, 85, 98 ss.

(85) Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6672; *contrario*: Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6250; F. LUCIANI, *Il vizio formale...*, cit., 338; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, 181 e s.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 190; Id., *Verso un più compiuto assetto...* cit., 36; cfr. D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 383 ss.; per la tesi che l'annullamento non consentirebbe di ottenere il bene della vita protetto dall'ordinamento: L. FERRARA, *La partecipazione tra « illegittimità » e « illegalità »*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 105 ss.; Id., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 2006, 604; D. CORLETTI, *Vizi « formali » e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 72.

A ben vedere infatti la norma in esame non richiede affatto un elemento aggiuntivo, neppure nel senso che l'interpretazione letterale debba essere confortata da quella risultante dalla *ratio legis*, cioè che il *contra legem* sia accompagnato dal *contra jus*. È infatti agevole rilevare che senza ragione giuridica — senza che la causa d'annullamento esista in concreto — non è dato un potere d'annullamento.

6. La nullità per mancanza d'atto formale e il principio di trasparenza e pubblicità.

6.1. Da tempo l'esercizio del pubblico potere deve avvenire per atto formale (86), normalmente per atto scritto, poiché vi è l'obbligo di concludere il procedimento amministrativo entro tempi certi con un provvedimento espresso (l. n. 241 del 1990, art. 2). All'atto formale (87) non è infatti integralmente equiparato il silenzio accoglimento o il silenzio rigetto, il quale resta un surrogato che non sana l'illiceità del comportamento dell'amministrazione che ha ommesso l'atto formale o è giunta tardivamente ad emanarlo (88).

(86) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 597 s., spec. 599, che distingue tra forma di necessità, di garanzia e di prova; che rinvia a: G. MANNA, *Principi di diritto amministrativo*, vol. 2°, § 4, *Rito e procedimento amministrativo*, Napoli, 1860; G. VACCHELLI, *Sulla illegittimità e invalidità degli atti amministrativi per omissione di forme*, in *Foro it.*, 1903. Sui riti come forma di esercizio dei poteri: D. I. KERTZER, *Ritual, Politics, and Power*, Yale University Press, 1988, tr. It. *Riti e simboli del potere*, a cura di V. Giacomini, 1989, 9, 17, 27 e *passim*; P. BURKE, *The Fabrication of Luis XIV*, Yale University Press, 1992, tr. It. *Il Re sole*, a cura di L. Angelini, 2017, 118 e s. spec. 120, 186 s., spec. 188; L. de SAINT-SIMON, *Mémoires*, tr. it. M. Bonfantini, *Memorie*, Torino, 1973, 170 s.; L. C. GENTILE, *Riti ed emblemi. Processi di rappresentazione del potere principesco in area subalpina (XIII-XV secc.)*, Torino, 2008, 31 s., 70 s.

(87) R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 19, ricorda l'elogio delle forme di A. De Tocqueville e al contempo afferma come il diritto sia quasi « messo in stato d'accusa per l'eccesso di forme e di formalismi che gli sono propri »; A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Torino, 1998.

(88) Da ultimo per riferimenti: M. L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. Romano, Torino, 2016, 174 s.; nonché: A. POLICE, *La P.A. che ritarda: il dovere di provvedere tra silenzi significativi, poteri sostitutivi, e misura compensative*, in *Forma e riforma dell'amministrazione pubblica tra crescita economica e servizio ai cittadini*, a cura di M. Gola e F. Mastragostino, Bologna, 2017, 53 s.

Vi è anche una formalità del procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990, art. 2), che si sostanzia nella trasparenza e pubblicità (l. n. 241/1990, art. 1) dell'azione amministrativa (es. elenco di apertura procedimenti su sito internet o albo pretorio; ordine del giorno su albo pretorio e pubblicità delle sedute di organi collegiali, ecc.) che deve garantire la partecipazione degli interessati (l. n. 241 del 1990, art. 9-10; l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 3) e non solo di coloro che hanno il privilegio di vedersi comunicato l'inizio del procedimento a pena d'annullabilità (l. n. 241 del 1990, artt. 7 e 8).

Principi di trasparenza e pubblicità possono essere considerati forma di manifestazione dei pubblici poteri nello Stato contemporaneo a garanzia della possibilità di ogni interessato di intervenire nel procedimento (l. n. 241 del 1990, artt. 9-10), affinché sorga l'obbligo dell'amministrazione di tenere conto di memorie e documenti volti a dare consistenza alla rappresentazione che i partecipi hanno dato ai propri interessi (l. n. 241 del 1990, art. 10), con cessazione — da quel momento — di una diversa configurazione dell'amministrazione. Da ciò la rilevanza del principio di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa la cui violazione nega in radice ogni operatività alla *libertà* di intervenire degli interessati: un *minum* di forma d'essere dei pubblici poteri che debbono consentire agli interessati di scegliere se intervenire e se partecipare.

6.2. Certo la tecnologia può assolvere a molte delle formalità di principio sopra indicate, assumendo a tal fine un carattere determinante, poiché può rendere effettivo un controllo diffuso sui pubblici poteri che in taluni casi deve essere aperto *erga omnes*, in altri ai soli interessati (89).

Non si deve dimenticare che da tempo infatti si prevede che

(89) Da ultimo S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) e il suo coordinamento con istituti consimili*, in www.federalismi.it n. 23/2016; D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 5/2016; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti all'open government*, Rimini, 2014, 156 s.; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 875 s.

gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni debbono di norma essere 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.lgs. 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.lgs. n. 39/1993, cit., art. 3, 2° co.; cfr. legge n. 241/1990, art. 3 bis).

6.3. L'atto scritto — *su supporto cartaceo o informatico* — è stata sinora la modalità preferita d'esercizio del pubblico potere, non solo più come documentazione nel tempo degli atti di governo (archivi di Stato), ma come valore in sé a tutela degli amministrati, di coloro che sono poi definiti partecipi al procedimento amministrativo, siano essi i destinatari o i terzi, portatori di interessi individuali o diffusi (90).

In realtà la forma scritta degli atti amministrativi — *su supporto cartaceo o informatico* — è prescritta a pena di nullità (*ad substantiam*) per tutti gli accordi procedurali con i terzi, mentre per gli accordi o convenzioni tra amministrazioni pubbliche — qui la novità — la forma scritta deve essere corredata a pena di nullità dalla firma elettronica avanzata (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82,

(90) Singolare a distanza di più di un secolo è ritrovare formulato il principio da: CEDU, sez. III, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*, ric. 14793/02, § 74; Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293; da ultimo: F. MANGANARO, *The Right of Property in the Italian Legal System and in the European Convention of Human Rights: a Conflict to be Resolved*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2013, www.ius-publicum.com; ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379; S. BONATTI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. speciale, t. II, diretto da M. P. Chiti e G. Greco, coord. da G. F. Cartei e D.U. Galetta, Milano, 2007, 1572 ss.; A. GIUSTI, *I profili patrimoniali della c.d. occupazione acquisitiva nel dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale*, in diritti-cedu.unipg.it; ID., *Il caso Scordino: l'inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa*, *ivi*. Cfr. anche CEDU, sez. II, 30 maggio 2000, n. 31524.

art. 1, co. 1, lett. *q bis*) o da altra firma elettronica qualificata (l. n. 241 del 1990, artt. 15, co. 2 *bis*), ricalcando per gli accordi e convenzioni il tradizionale principio giurisprudenziale sulla forma scritta a pena di nullità per i contratti con la pubblica amministrazione, anche al di fuori dei casi di legge (art. 1350 c.c.).

In generale, per i provvedimenti e gli atti unilaterali della pubblica amministrazione è prescritto un “processo verbale” per 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 di quanto dichiarato per l’emanazione stessa.

Non pochi sono gli atti amministrativi che assumono una forma diversa dallo scritto, utilizzando disegni (piano regolatore, progetti di opere pubbliche, cartelli autostradali), gesti (vigile urbano), luci (semaforo), suoni convenzionali (squilli di tromba,) o videoregistrazioni (91), né sono rari i casi di atti amministrativi la cui forma è quella orale (ordini), anche se il destinatario sia legittimato a chiederne la ripetizione per iscritto.

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 è ormai intesa come scrittura “su supporto informativo”.

7. La nullità dell’atto amministrativo per difetto assoluto di attribuzione tra principio di adeguatezza e sussidiarietà.

Il difetto assoluto di attribuzione è locuzione da tempo riferita al soggetto attivo — ente o organo d’amministrazione — che segna i casi di nullità diversi dall’incompetenza, che è invece 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. *supra* § 6 come mancanza di forma), ma anzitutto alla violazione del sistema di distribuzione delle competenze tra poteri (organi e enti) costitutivi della Repubblica italia-

(91) D. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, art. 14, mod. da d. l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46 per i colloqui con i richiedenti asilo.

na, allo sconfinamento in altri poteri, tra cui spicca il conflitto tra poteri dello Stato, tra Stato e Regioni tra Regioni (art. 134, Cost.).

A fianco dei casi di atti amministrativi che pretendono di essere esercizio di una delle altre funzioni e che danno origine al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, vi sono le vecchie ipotesi di scuola d'atti emanati da amministrazioni che insistono su 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.

La definizione dell'attribuzione si fonda ora sui principi di adeguatezza o proporzionalità e di sussidiarietà e differenziazione (art. 118, Cost.; art. 5, co. 3°, TUE) che segnano la rilevanza dell'organizzazione pubblica nella teoria della validità dei provvedimenti amministrativi; organizzazione intesa nel suo potenziale tecnico-professionale o economico-finanziario. È nullo quell'atto amministrativo emanato in violazione di tali principi, poiché è incostituzionale la stessa attribuzione legislativa del potere assegnata ad un ente pubblico privo della necessaria capacità organizzativa: adeguata o proporzionata all'esercizio di quel tipo di funzione che necessita di una determinata forma di trasparenza, pubblicità e partecipazione; un giudizio che va inteso in senso relazionale al sistema della distribuzione dei compiti tra le istituzioni che possono essere chiamate in *ragione* del principio di sussidiarietà e differenziazione.

8. *La nullità per mancanza dell'oggetto e dei destinatari.*

8.1. Oltre alla forma e al soggetto è normale pensare che l'atto amministrativo abbia un oggetto e dei destinatari che dall'atto traggano vantaggio o ne subiscano gli effetti. L'amministrazione persegue i fini determinati dalla legge (l. n. 241 del 1990, art.

1) e ciò comporta che per il provvedimento amministrativo è giuridicamente rilevante il fine o lo scopo di pubblico interesse assegnato alle sue cure.

8.2. L'oggetto può mancare in senso materiale oppure in senso giuridico, se non sono giuridicamente assoggettati a un potere determinati beni mobili o immobili oppure le prestazioni di *facere* (es. ordini) o di non *facere* (es. divieti). Fuori dai casi di scuola, si tratta comunque d'ipotesi marginali: l'indicazione generica e indeterminata dell'area oggetto di pianificazione o espropriazione; la requisizione di alloggi privi di agibilità per alloggiarvi "persone senza tetto"; la precettazione di lavoratori non esattamente determinabili oppure privi della condizione, arte o professione idonea a svolgere l'attività richiesta.

8.3. Quest'ultima ipotesi ricorda che l'individuazione degli esatti destinatari è talora riunita all'oggetto dell'atto amministrativo. I destinatari sono un elemento essenziale dei provvedimenti amministrativi, poiché questi ultimi debbono essere diretti verso coloro che risultino nel caso concreto i titolari della posizione soggettiva che la norma attributiva del potere ha assoggettato all'interesse pubblico: il proprietario del fondo oggetto di espropriazione; il malato sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio; l'iscritto all'università che ha sostenuto l'esame universitario.

Sono stati considerati "esatti destinatari" dei poteri che dispongono sull'uso dei beni, oltre ai proprietari, anche gli eventuali fruitori del bene (es. locatore, comodatario, ecc.), qualora l'amministrazione intenda disporre che l'uso avvenga in sicurezza e secondo le regole d'igiene (ordine di manutenzione o ripristino al proprietario o detentore), oppure nell'interesse pubblico (requisizione in uso), lasciando poi la ripartizione delle spese eventualmente occorse (straordinarie, ordinarie, ecc.) o degli indennizzi al sottostante rapporto civile (es. tra locatore-conduttore).

9. *L'interesse pubblico come elemento essenziale del provvedimento amministrativo tra carenza di potere e mancanza di causa dell'atto amministrativo.*

9.1. Il fine d'interesse pubblico definisce il provvedimento

amministrativo come esercizio di un potere funzionalizzato, ergo come *funzione* (92); i poteri autoritativi non possono curare interessi privati, ma non si nega invece che la pubblica amministrazione con gli atti di diritto privato possa curare il proprio interesse patrimoniale.

L'interesse pubblico infatti non è l'interesse del soggetto pubblica amministrazione, ma uno degli interessi (beni) presenti nella società, di individui o d'organizzazioni, che assumono la qualificazione pubblica, perché la legge li ha considerati prevalenti ed affidati alla cura di una pubblica amministrazione.

È normale vedere indicato l'interesse pubblico come un elemento essenziale dell'atto amministrativo con la conseguenza che ora la sua mancanza produce la nullità dell'atto medesimo (l. n. 241 del 1990, art. 21 *septies*), ma è del pari noto che il mancato perseguimento dell'interesse pubblico determina il vizio di eccesso di potere dunque l'annullabilità del provvedimento (l. n. 241 del 1990, art. 21 *octies*); sicché occorre capire quando la non conformità alla definizione dell'interesse pubblico fonda l'una o l'altra causa d'invalidità.

È anzitutto una questione logica, ma anche istituzionale che deriva dall'assetto dei poteri dello Stato e dai rapporti tra autorità e libertà che dal diritto naturale (diritti dell'uomo) è giunto al diritto costituzionale e amministrativo contemporaneo (carte costituzionali).

È logicamente pregiudiziale ritenere che l'interesse pubblico debba sussistere nel *caso concreto* affinché si possa affermare che l'amministrazione debba perseguirlo con l'emanazione dell'atto: perseguire un interesse pubblico che non esiste in concreto non configura sviamento di potere ma nullità del provvedimento.

L'assenza dell'interesse pubblico nega la ragione giuridica del conferimento del potere all'amministrazione (93): se manca in concreto l'interesse che deve prevalere, l'amministrazione non ha

(92) F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 s. ma già per tutti: A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giur. it.*, 1892, III, 128 s., poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1901.

(93) Cfr. Alb. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. Romano, Torino, 2016, 797, 814; per una ricostruzione funzionale della nullità alla luce di una nuova concezione della "causa"

titolo (atto d'autorità) per assoggettare gli altri interessi pubblici o privati che debbono soccombere alla vicenda giuridica prevista dal titolo medesimo. L'aggettivo pubblico è un giudizio di relazione tra beni, ove l'interesse pubblico è considerato il prevalente nella comparazione con altri; non esiste dunque un interesse pubblico in sé e per sé considerato ma unicamente in relazione ad altri che ad esso sono ritenuti soccombenti (94). Non solo la mancanza dell'interesse pubblico ma anche l'assenza dell'interesse soccombente consente di affermare che manca nel caso concreto la ragione dell'attribuzione del potere, poiché il potere è essenzialmente definito — oltre l'elemento soggettivo (pubblica amministrazione e destinatari) e oggettivo (beni) — dal giudizio di favore di un determinato interesse su altri dato dall'ordinamento giuridico con la legge e a completamento di questa con i principi (*jus*).

9.2. Si tratta dell'evoluzione che dall'amministrazione pubblica come soggetto preminente giunge all'elaborazione dell'amministrazione in senso oggettivo, con poteri d'autorità tipici e nominati.

Nominata è l'assegnazione di un *nomen juris* a ciascun potere tipico. Tipica è l'indicazione della giuridica prevalenza di un interesse definito pubblico su altri che sono a esso sacrificati, con definizione della relativa vicenda giuridica costitutiva, modificativa o estintiva (efficacia). Il giudizio relazionale tra beni o interessi giuridici è la ragione giuridica oggettiva del tipo di potere attribuito all'amministrazione pubblica, che le trattazioni sugli atti

del provvedimento amministrativo cfr. M. D'ORSOGNA, "Problema della nullità", cit., 207 s.; cfr. nota 95.

(94) Affermare che il potere di esproprio è finalizzato all'interesse generale (art. 42 Cost.) equivale considerare in astratto che ogni interesse protetto dalla proprietà privata è soccombente rispetto a qualsiasi interesse pubblico, purché se ne paghi l'indennizzo; ma nel caso concreto l'interesse pubblico deve essere individuato (edificazione di una scuola, di un ospedale, di una strada dichiarazione di pubblica utilità), come del pari i fondi in proprietà privata di cui s'intende acquisire a tal fine la proprietà. Data l'enunciazione astratta occorre che nel caso concreto un determinato interesse pubblico (scuola) sia vantato come prevalente rispetto a un determinato bene (fondo Cornelianò). Mancherebbe ogni configurazione d'interesse pubblico se l'esproprio fosse fatto per un interesse patrimoniale dell'ente pubblico (spendere meno soldi).

giuridici di diritto comune riferiscono normalmente all'oggetto oppure alla causa dell'atto giuridico.

Causa dell'atto amministrativo è dunque la ragione giuridica del medesimo (95) definibile con un semplice ed essenziale giudizio di prevalenza tra interessi, il quale è l'essenza della definizione del potere dato all'amministrazione di realizzare con l'emanazione dell'atto amministrativo le vicende giuridiche costitutive, modificative, o estintive indicate dalla legge (efficacia). La legge afferma in tal modo la tipicità del potere attribuito all'amministrazione pubblica, correlando la *ragione del potere* — che è causa dell'atto amministrativo — alle vicende giuridiche che in potenza può realizzare l'atto amministrativo.

La legge — elevando a interesse prevalente un determinato bene rispetto ad altri — definisce la ragione delle vicende giuridiche che ciascun tipo di atto autoritativo può realizzare, conferendo l'*auctoritas* a tal fine necessaria all'atto amministrativo, negando che le vicende giuridiche indicate si sviluppino per forza propria dell'atto amministrativo o per una capacità istituzionale dell'amministrazione pubblica. A tutela delle libertà possono essere ritrovati i casi di mancanza nell'atto della ragione giuridica tipica prevista dalla legge (carezza in astratto): imposizione di un tributo non previsto (art. 23 Cost.); richiesta di un'autorizzazione preventiva per riunirsi in luogo pubblico (art. 17 Cost.) o di organizzare processioni o feste religiose (art. 19 Cost.), di strillo-

(95) I contribuiti sulla causa dell'atto amministrativo sono moltissimi; qui si ricordano solo i pochi che sono riconducibili alla nullità dell'atto amministrativo: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 310; Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932, II ed., 268; ma anche E. PRESUTTI, *Limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 29, 31, 38, spec. 41; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 154, 210-11; cfr. la violazione dello spirito della legge come vizio della causa: N. PAPPALARDO (poi PAPALDO), *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del Centenario*, vol. II, Roma, 1932, 440; particolare è la tesi di causa obiettiva sostenuta da: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 181-182; 186, cfr. spec. 188-189. Ancora particolare è la differenza tra concezione "effettuale" e concezione "causale" dell'invalidità ricordata da: A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, cit., 1123; su cui M. TRIMARCHI, *L'(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2014, 555 e M. D'ORSOGNA, *Invalidità o infallibilità dell'amministrazione, Elogio della forma o rilevanza del risultato*, in *Itinerari interrotti* (a cura di L. Giani e A. Police), Napoli, 2017, 207 s.

nare giornali nelle pubbliche vie o altre limitazioni della manifestazione della libertà di pensiero (art. 21 Cost.) o della personalità (art. 13 Cost.).

La carenza di potere in concreto (96) è da tempo ritrovata nell'emanazione del decreto di esproprio in assenza di un'efficace dichiarazione di pubblica utilità che vale quale mancato assoggettamento della proprietà di un bene in proprietà privata a un concreto interesse pubblico (una scuola, un ospedale, una strada, ecc.). Se è conforme alla ragione legislativa la requisizione d'immobili inoccupati per il ricovero di senza tetto, non così è ove si tratti d'abitazioni occupate *sine titulo*, nel caso in cui l'interesse degli occupanti e di coloro che sono in emergenza abitativa ha da essere bilanciato dal giudice in concreto ricorrendo ai principi dell'ordinamento giuridico.

Tale bilanciamento ulteriore è più frequente per le 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 effettuato dall'amministrazione pubblica con l'emanazione dell'atto. 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, ragione giuridica o causa, poiché il giudizio di prevalenza espresso dall'amministrazione con l'atto non è quello accordato dall'ordinamento: dalla legge e a completamento di questa dai principi dell'ordinamento giuridico.

Sicché, nonostante la conformità con quanto direttamente disposto dal legislatore con l'attribuzione del potere (tipo di presta-

(96) Per tutti diffusamente l'imprescindibile lavoro di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, 23-29, 177 s., 196, 202 s., spec. 235; nonché si vedano: R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 409 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 20, 45-46, con riferimento ai principi dell'ordinamento giuridico e al bilanciamento degli interessi, ivi, 232; Id., *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, Torino, 2017, p. 27 s.

zione), la causa può mancare in concreto a seguito della verifica ulteriore di una carenza di quel “giusto equilibrio” (97) dato dalla conformità ai principi dell’ordinamento giuridico per il tramite di un bilanciamento *ex post* tra posizioni soggettive egualmente tutelate in *lex*, ma che necessitano di una verifica di conformità allo *jus* in ragione dei diritti, obblighi, poteri e doveri in concreto contrapposti (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). Si afferma la nullità dell’atto amministrativo per mancanza della causa ogni qualvolta l’affermazione di un potere da parte dall’amministrazione pubblica non sia conforme al tipo di prestazione che la costituzione vuole sia prevista dalla legge (in astratto), ma anche ove risulti carente nel caso concreto quel “*giusto equilibrio*” posto dai principi dell’ordinamento giuridico (in concreto).

10. *I vizi d’annullabilità tra attività vincolata e esercizio della discrezionalità.*

10.1. 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 (98) — sono stati rinominati come casi d’annullabilità del provvedimento (l. n. 241/1990, art. 21 *octies*).

La descrizione dei tre vizi non ha subito innovazioni: per l’amministrazione perseguire interessi pubblici è un vincolo istituzionale (l. 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 invece

(97) Parla di “*giusto equilibrio*” come verifica ulteriore al rispetto del principio di legalità: CEDU, sez. II, 30 maggio 2000, n. 31524, § 55; CEDU, 5 gennaio 2000, Beyeler c. Italia; CEDU 16 ottobre 2007, causa De Trana c. Italia, Ricorso n. 64215/01; CEDU, 23 settembre 1982, n. 52, Sporrang e Lönnroth c. Svezia p. 26, § 69; CEDU, 25 marzo 1999, Iatridis c. Grecia [GC], n. 31107/96, § 58, CEDU 1999-II del; CEDU, Grande Camera, sentenza 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia (1) (ricorso n. 36813/97)*.

(98) L. 31 marzo 1889, n. 5992; r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, t. u. della legge sul Consiglio di Stato, che coordina la precedente l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. D; r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, artt. 26 s.

lo standard d'amministrazione imposto da norme generali e astratte che prescrivono come debba essere perseguito l'interesse pubblico e a tal fine 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 l'esercizio di quella funzione (incompetenza relativa).

Tutti i tre vizi possono essere rilevanti anche in forza di norme di dettaglio o di principi posti da ordinamenti sovranazionali o internazionali, che disciplinano l'amministrare pubblico e i suoi limiti d'annullabilità.

Non poche sono le norme di dettaglio sui procedimenti poste dall'ordinamento dell'Unione europea la cui violazione determina il vizio di violazione di legge: è opinione dominante che tali siano le norme sulle procedure di gara, molte delle norme sulla valutazione d'impatto ambientale, quelle sui procedimenti in agricoltura o negli alimenti. Norme sovranazionali possono disciplinare la competenza — scegliendo a quali istituzioni assegnare la cura di un determinato bene o servizio — oppure definire gli interessi di rilevanza sovranazionale il cui mancato perseguimento integra lo sviamento.

10.2. Oltre l'incompetenza, le scelte d'amministrazione sono disciplinate dalla violazione di legge o dal vizio di eccesso di potere.

Il vizio di eccesso di potere segna i principi istituzionali che l'amministrazione pubblica deve osservare nelle proprie scelte discrezionali per impedirne l'ineffettività, cioè che restino inosservati i propri atti perché si tratta di scelte illogiche (per insufficiente istruttoria, per inadeguato rapporto mezzo fine, per contraddizione tra atti del procedimento, con la prassi o con altre decisioni su casi uguali) oppure incomprensibili ai destinatari (insufficiente motivazione).

Il vizio di eccesso di potere limita comunque le scelte d'amministrazione, anche ove il legislatore decida di eliminare con un tratto di penna qualsiasi norma sugli standard d'amministrazione,

poiché il vizio discende dall'inosservanza di principi istituzionali (99) che costituiscono e definiscono l'amministrazione pubblica nel nostro ordinamento, che possono mutare solo in ragione di profondi mutamenti costituzionali (100).

Certo la legge può recepire ed ampliare il contenuto di un principio istituzionale imponendo il dovere di motivare anche gli atti vincolati e quelli favorevoli al destinatario (101), pervenendo così ad un obbligo di motivazione di qualsiasi provvedimento

(99) A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; D. U. GALETTA, *Provvedimenti irregolari, regola del « raggiungimento dello scopo », carenza dell'interesse a ricorrere e art. 21-octies l. n. 241 del 1990: l'opinione della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. civ.*, 2007, 1288; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003; A. PRONTERA, *L'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990, tra regola, eccezione ed integrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 490; P. STAFFINI, *Considerazioni in tema di irregolarità nell'ordinamento amministrativo - L'irregolarità degli atti emanati dalla p.a.*, in *Cons. Stato*, 1996, 1573 ID., *Considerazioni in tema di irregolarità nell'ordinamento amministrativo - L'irregolarità degli atti formati da soggetti privati*, in *Cons. Stato*, 1997, 1303; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 491 ss.

(100) Per la rilevanza costituzionale del vizio di eccesso di potere: Corte cost., n. 143/1972 (Concorsi a cattedra, composizione delle terne) e la n. 41/1971 (Mestieri girovaghi, iscrizione al registro ex art. 121 t.u.l.p.s.) che respingono la questione di costituzionalità pur in assenza di criteri *ex ante* di disciplina dell'esercizio del potere; Id., n. 141/1969 (Imposte di consumo, potere di ammissione all'oblazione) cit.; Id., n. 83/1966 (Intendente di finanza, stima immobili pignorati, determinazione prezzo base) entrambe presuppongono l'operatività del vizio di eccesso di potere, la prima accogliendo, la seconda respingendo, una questione di costituzionalità; vi accenna altresì Corte cost. n. 15/1984 (tributi su acque minerali); R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 542-543; per diversa opinione: C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 169, 174.

(101) Per l'enunciazione del principio di motivazione anteriormente alla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 3, si veda per tutti: A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 673 e nt. 192-193; F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, III, 253 s. secondo il quale l'obbligo della motivazione comporta difficoltà, impacci, lentezze insormontabili meglio lasciare che si formino "saggissime risoluzioni per motivi istintivi"; cfr. sul principio di motivazione: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., voce *Motivazione nel diritto amministrativo* del *Digesto (disc. pubbl. app.)*, Torino, 1997, 683 s.; M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894; A. CIOFFI, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Alb. ROMANO,

amministrativo (art. 3, l. n. 241 del 1990, cit.), con la conseguenza che l'eventuale abrogazione della disposizione scritta non produce effetto sulla positiva esistenza dell'originario principio istituzionale che impone quanto meno la motivazione degli atti discrezionali e sfavorevoli ai destinatari (102).

10.3. L'ordinamento dell'Unione europea ha assunto il principio di proporzionalità a limite dell'azione amministrativa delle istituzioni europee e nazionali (103), traendolo più dai principi dell'Unione europea come cultura *giuspubblica* comune agli Stati membri che dal diritto positivo di alcuni di essi (104). Il principio comunitario si afferma sia con riferimento a quanto sanzionato dalla nostra cultura giuridica come ragionevolezza delle norme, sia come logicità (105) e comprensibilità dei provvedimenti che ci è imposta da più di un secolo con il vizio di eccesso di potere.

Torino, 2016, 199 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 521 ss.

(102) Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1167; cfr. Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5260; Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1588.

(103) Assume lo sviluppo tutto comunitario del principio come essenziale anche per l'effetto di « *spill-over* » tipico dei principi dell'ordinamento Ue su quelli degli ordinamenti nazionali: D. URANIA GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., voce *Principio di proporzionalità* [dir. amm.] in *Enc. Treccani*, <http://www.treccani.it>; ID., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano*, in *Cuadernos de Derecho Publico*, 1998, 5, 299 ss.; M. LEGNAIOLI, *Principio di proporzionalità ed eccesso di potere. I limiti alla discrezionalità amministrativa*. (tesi di dottorato), Università di Torino, 2014.

(104) C.G.C.E., 16 luglio 1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*, c. *Alta Autorità della C.E.C.A.* in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; C.G.C.E., 14 dicembre 1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; C.G.C.E., 19 marzo 1964, in C-18/63, *Schmitz c. Einfuhr*, in *Racc.*, 1964, 175 ss.; C.G.C.E., 17 dicembre 1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c. Hauptzollamt*, in *Racc.*, 1970, 1125 ss.; C. giust., 24 ottobre 1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Racc.*, 1973, 1091 ss.; per una cultura europea della proporzionalità già: G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, per “i principi della ragion pubblica naturale”: p. 14, “far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità”, che è sinonimo di “col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà” p. 15. F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1234 s.

(105) Da ultimo: F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2017, 273 e *passim*.

Non poche sono le sentenze dei giudici italiani che assegnano il *nomen juris* e danno applicazione al principio di proporzionalità come limite di principio all'attività discrezionale della pubblica amministrazione (106), aprendo nel diritto amministrativo a quel dialogo tra le corti nazionali che da tempo è stato segnalato con preferenza per altri settori del diritto. Al di là delle questioni nominalistiche, è certo che assume particolare rilievo l'affermazione di un limite di principio dell'azione amministrativa pubblica come immanente a ciascuna istituzione europea o amministrazione nazionale degli Stati membri, limite di diritto positivo non scritto che è tratto direttamente e senz'altro dalla cultura giuridica europea degli Stati membri. Trattasi, anche per il principio di proporzionalità, di un sindacato estrinseco sulla discrezionalità esercitata nei singoli casi concreti dai pubblici poteri, i quali sono chiamati *ex post* a dare "ragione" di scelte che non possono né essere, né apparire illogiche o incomprensibili per i destinatari o per i terzi (107).

10.4. Si afferma comunemente che il vizio di eccesso di potere è il limite di annullabilità dell'esercizio discrezionale dei poteri amministrativi, mentre la violazione di legge è il limite di annullabilità dell'attività vincolata dell'amministrazione pubblica. La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata dell'amministrazione pubblica si è posta non tanto per segnare spazi più o meno ampi dell'agire amministrativo, quanto per offrire una definizione della sua autonomia giuridica, cui consegue il differente sindacato di legittimità che è possibile operare sull'una o sull'altra attività dell'amministrazione pubblica.

Il vizio di violazione di legge consente un sindacato di legittimità sull'interpretazione di una disposizione generale e astratta (europea o italiana, di legge o regolamento) operata dall'amministrazione pubblica, che qualora non sia condivisa da altri è risolta in ultimo dal giudice (artt. 102 e 103 Cost.), perché con il giudicato si definisce e conclude il conflitto, indicando per tutti i

(106) Per tutti da ultimo: Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964; Id., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 19; Id., 10 marzo 2009, n. 1420; per meno recenti: Cons. St., sez. V, 3 aprile 1990, n. 332.

(107) D. URANIA GALETTA, voce *Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in *Enc. Treccani*, cit.; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 197 ss.

contendenti l'interpretazione prescelta dal giudice in quel caso concreto. Violazione di legge e attività vincolata segnano l'ambito in cui gli atti amministrativi sono interpretazioni di disposizioni generali e astratte, perciò atti verso i quali l'interpretazione offerta dal giudice è destinata a prevalere. Si è voluto infatti negare che l'esercizio di un determinato potere pubblico sia anche solo in parte sottratto al sindacato giurisdizionale; si tratta cioè di casi in cui l'autonomia dell'amministrazione pubblica, le sue scelte d'amministrazione, un'interpretazione delle norme, sono dunque scelte che sono integralmente sottoposte alla giurisdizione. Si produrranno norme generali ed astratte, la cui inosservanza determina il vizio di violazione di legge, ogni qualvolta gli organi centrali (ministri), o rappresentativi (consigli comunali o provinciali) di una pubblica amministrazione, non meno del legislatore o degli organi dell'Unione europea, intendano sottoporre l'azione amministrativa (per es. dei dirigenti) al vincolo dell'interpretazione, cioè ad un corpo di funzionari indipendenti e terzi (artt. 104, 108, 2° co., Cost.) cui l'ordinamento ha riservato l'esercizio della funzione giurisdizionale (artt. 102, 103 Cost.).

Si definiranno norme generali e astratte — la cui inosservanza determina il vizio di violazione di legge — ogni qualvolta s'intenda « standardizzare » l'esercizio di un potere pubblico, selezionando *ex ante* la sua legittimità, cioè indicando prima quali sono gli unici fatti giuridicamente rilevanti (maggiore età, un certo reddito ecc.) che debbono essere presi in considerazione da un'amministrazione pubblica per validamente assumere una decisione per ogni caso sottoposto alle sue cure.

Si abrogheranno norme generali e astratte ogni qualvolta s'intenda lasciare l'ultima parola all'autonomia giuridica dell'amministrazione (merito o difetto assoluto di giurisdizione) di scegliere la composizione d'interessi d'un caso concreto, con il solo limite del sindacato di logicità e comprensibilità posto dal vizio di eccesso di potere.

Si affiderà invece all'autonomia giuridica dell'amministrazione pubblica e al merito amministrativo ogni decisione che si voglia dalla stessa assunta in ragione del caso concreto, delle sue peculiarità, che richiedono di *intelligere* e poi decidere ogni caso giunto alla sua attenzione.

La distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata è anche per il diritto amministrativo la differenza tra l'attività

d'intelligenza del caso concreto e l'attività svolta in forza di *standards* definiti per un dato tipo di casi, riassunti per fatti rilevanti in una definizione astratta (norma), ove l'attività intellettuale si risolve nell'interpretazione per il caso concreto della definizione (d'azione) offerta dalla norma in astratto.

L'attività vincolata è perciò percepita quasi sempre come inadeguata ad un caso concreto, proprio poiché la norma astratta è per definizione una *reductio ad unum* della molteplicità dei casi, la cui applicazione al caso concreto è unicamente temperata, mai eliminata, dall'interpretazione.

ABSTRACT: La validità dell'atto amministrativo è analizzata secondo la prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici e in ragione delle differenti fonti normative. Norme scritte di legge, di regolamento, direttive oppure norme di principio, che diversamente disciplinano i poteri amministrativi in contrapposizione ai diritti soggettivi, ma anche l'azione amministrativa. Principi che da alcuni secoli si sono presentati prima come diritto naturale e poi come principi di diritto positivo che hanno così definito l'identità di ciascun ordinamento giuridico di riferimento. Pluralità degli ordinamenti giuridici che valgono a indicare differenti parametri di validità di uno stesso atto in ragione delle differenti relazioni che ciascun ordinamento ha con altri che per il primo assumono rilievo. Pluralità di ordinamenti che vale pluralità di fonti formali di appartenenza ai diversi ordinamenti, ma anche pluralità di provvedimenti propri di ciascun ordinamento.

ABSTRACT: *The validity of an administrative act is determined based on laws and principles of the different legal systems using the perspective of the "plurality of the legal orders." Each legal order has been defined by positive laws, which are primarily based on the principles of natural law. The plurality of the legal orders becomes the parameter of validity of the administrative acts according to the relationships among different legal systems. The plurality of legal orders therefore results to the plurality of sources of law and the plurality of administrative acts according to each legal system, which implies the possibility of different appreciation on the validity of an administrative act.*