



RILEVANZA DELLA FORMA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO E I VIZI DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NELLA LEGGE 11 FEBBRAIO 2005 N. 15 - L'INTEGRAZIONE SUCCESSIVA DELLA MOTIVAZIONE - AUTOTUTELA ED ATTI VINCOLATI.

La forma delle cose è contenuta nello spazio e nel tempo, che sono effettivamente "forme a priori".

Possiamo dire che è la forma a determinare in concreto l'esistenza di un atto amministrativo nell'ordinamento giuridico.

La volontà formale della Pubblica Amministrazione, come esercizio del potere legittimo, si estrinseca come determinatezza poichè essa involge l'opposizione formale tra soggetto e oggetto, inteso quest'ultimo come esistenza esterna immediata.

Secondo gli orientamenti della moderna dottrina del diritto amministrativo, quando si discute della forma dell'atto amministrativo occorre risalire, per fondare le sua genesi, alla manifestazione esterna ossia alla dichiarazione formale di volontà, di scienza, di giudizio dalla Pubblica Amministrazione.

Mentre, lo spazio può esistere senza oggetto, al contrario non può esistere un oggetto senza lo spazio, così l'atto amministrativo non può esistere senza la forma che è lo spazio ideale in cui esso si estrinseca, ancorchè all'interno del più vasto spazio costituito dell'ordinamento giuridico dello Stato ovvero della pluralità degli ordinamenti giuridici, quante sono le istituzioni.

Sul piano intrinseco si è precisato che "per gli atti amministrativi vale di regola il sistema della dichiarazione formale e la forma prescritta è, quasi senza eccezione la scrittura".

Anch'essa si manifesta necessariamente nel tempo e nello spazio.

Presupposto del suo contenuto è la presenza di quegli elementi essenziali, ad esempio la motivazione e il dispositivo, indispensabili per connotarlo ontologicamente nei suoi tratti distintivi.

La mancanza di alcuni elementi essenziali rende invalido l'atto o il provvedimento amministrativo, che dovrà ritenersi nullo o in alcune ipotesi addirittura inesistente.

Esso come oggetto non potrà legittimamente delinearsi nello spazio dell'ordinamento giuridico nella forma prescritta.

In dottrina è stata operata la distinzione tra atto amministrativo in senso formale e atto amministrativo in senso materiale.

Quest'ultimo consiste nella dichiarazione di volontà, di scienza, di giudizio della pubblica autorità nell'espletamento di un potere autoritativo in vista del perseguimento di un interesse pubblico.

Sul piano della forma, l'atto o provvedimento amministrativo è stato definito come dichiarazione della pubblica autorità diversa dalla legge e dalla sentenza.

Deve, quindi, essere necessariamente caratterizzato dai requisiti di tipicità e nominatività.

L'atto amministrativo in quanto ha per oggetto una attività amministrativa concreta ed è quindi espressione dell'esercizio di un potere autoritativo è stato ritenuto atto amministrativo anche in senso materiale, mentre ove contenga una norma giuridica di carattere secondario come nel caso del regolamento si avrebbe la figura dell'atto amministrativo in senso formale, e così per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

La classificazione degli amministrativi in senso formale deve essere rivisitata e delineata sul piano pratico in base al principio di *tipicità funzionalizzata*:

1). in rapporto all'organo emanante:

- che sarà di tipo collegiale, nel caso delle deliberazioni;



- di tipo monocratico, per i decreti e le ordinanze (e così potranno essere configurate le stesse ipotesi di inesistenza o nullità dell'atto, che non sia espressione di una potestà amministrativa, perchè posto in essere da organo o agente privi della necessaria potestà o in difetto di attribuzione);

2). in relazione al procedimento nonchè in ordine ai pareri, approvazioni o visti ovvero alle risultanze dell'istruttoria e sempre in relazione alle finalità pubbliche conseguite;

3). quanto al contenuto, si avranno sempre atti tipici, in rapporto alla causa dell'atto, che si tratti di un diritto in attesa di espansione, come nelle autorizzazioni, della costituzione ex novo di tale diritto come nelle concessioni, o ancora di carattere "pretermessso" come nei permessi, denunce, ordini (di carattere precettivo perchè creativi di obblighi) o ancora che incidono sfavorevolmente sul destinatario ove sopprimano o comprimano diritti (ad es. atti ablativi di beni o diritti reali o creativi di vincoli o limitazioni alla proprietà), etc.;

4). un capitolo a parte, che è tutto da puntualizzare, dovrebbe essere dedicato al "silenzio", categoria che ha assunto una importanza sempre maggiore ove tipicizzato e/ procedimentalizzato (silenzio assenso, silenzio inadempimento, silenzio rifiuto, silenzio-devolutivo, silenzio-rigetto etc) in seguito all'evoluzione del sistema normativo (vd. art. 8 L. n. 94/1982; art. 35 L. n. 47/1985; art. 25 T.U. n. 3/57; art. 20 L. n. 241/90 ora sostituito art. 3 c. 6 ter D.L. n. 35/2005).

La formazione del silenzio assenso presuppone in generale l'esercizio di un'attività discrezionale, il cui cattivo uso andrà ad incidere sul processo della sua legittima formazione quale atto avente valore legale tipico, al contrario il comportamento silente dell'Amministrazione a fronte di una denuncia inizio di attività, contemplata nell'art. 19 L. n. 241/90, non è in grado di assumere alcuna forma, perchè un atto non verrà alla luce come oggetto dell'ordinamento, restando relegato tale procedimento vincolato alla sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, alla categoria dei meri comportamenti, inidonei di per sè a sostanziare un'autonoma determinazione di natura provvedimentale direttamente impugnabile in sede giurisdizionale con un'azione di annullamento (cfr. TAR Liguria - Sez. I - 22 gennaio 2003 n. 113).

Ergo, saremo in presenza di una mera attività di verifica e dalla relativa fattispecie non scaturirà alcuna forma di atto amministrativo.

Per inciso, ora l'art. 3 c. 1 del D.L. n. 35/2005, c.d. sulla competitività, ha pure innovato l'art. 19 L. n. 241/90, per cui indipendentemente dall'adozione dei motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività o di rimozione dei suoi effetti, è stato fatto salvo "il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela", per cui viene da chiedersi se tale potere viene ora riconosciuto tale potere se lo stesso debba essere esercitato unicamente in presenza di vizi sostanziali insanabili ovvero di vizi procedurali o di forma comunque tali da integrare ipotesi di annullabilità ovvero la nullità).

Sul piano formale, è stato ancora ribadito anche nelle sedi giurisprudenziali che il silenzio ex se, ove non sia tipicizzato ovvero "procedimentalizzato", non è un atto amministrativo impugnabile.

*Secondo la classica distinzione dottrina il principio di tipicità si completa e si realizza sul piano ordinamentale in diretta coniugazione con il **principio di nominatività**, per il quale "tutti gli atti amministrativi risultano dalla legge, sicchè le autorità amministrative non potrebbero crearne figure a volontà" (AMORTH-RANELLETTI).*

Come ha affermato la più autorevole dottrina, la nominatività dei provvedimenti amministrativi importa che "a ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrisponde un tipo di atto perfettamente definito" (SANDULLI).



Con la legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 la fondamentale normativa introdotta dalla L. 7 agosto 1990 n. 241 in materia di procedimento amministrativo e di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi ha trovato un interessante momento evolutivo.

Già con il primo intervento normativo di cui alla L. n. 241/1990, il legislatore ha codificato principi costantemente affermati dalla giurisprudenza, prevedendo all'art. 3 che "Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Il processo di chiarimento e sistematizzazione sul piano legislativo è entrato in una fase più specifica laddove agli artt. 21-septies e 21-octies della L. n. 15/2005 si è inteso, in particolare, operare una classificazione dei vizi del provvedimento amministrativo, appunto, in ordine alle ipotesi di nullità e di annullabilità.

Pertanto, la nullità, si avrà nei casi di mancanza degli elementi essenziali, di difetto assoluto di attribuzione, di violazione o elusione del giudicato "nonchè negli altri casi espressamente previsti dalla legge" (così intendendo circoscrivere quella a mio avviso è invece la portata generale dell'istituto).

Quanto alla annullabilità, è stata non solo ribadita la classica tripartizione dei vizi in violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza, ma anche introducendo al secondo comma dell'art. 21-octies, nei casi specifici di "violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti" una sorta di norma di sbarramento, dalla formulazione tautologica, che desta notevoli perplessità, in sede di concreta applicazione, laddove sulla base di un giudizio prognostico congetturale, la citata novella postula l'insussistenza di dette patologie quando "per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" ovvero, in caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento "l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

In sostanza, la pubblica amministrazione diviene *legibus soluta*, perchè anche il controllo giurisdizionale viene in questo modo svuotato di effettività, quando nell'ipotesi di "natura vincolata del provvedimento" risulti, nondimeno che per effetto di una apodittica formulazione della legge, "palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato" imperocchè la P.A. possa comunque dimostrare in giudizio il carattere ultroneo della comunicazione dell'avvio del procedimento, nel quale caso dovrà necessariamente fornire delle ragioni, id est quelle motivazioni che nel provvedimento impugnato non sono riscontrabili, ma che surrettiziamente potranno in tal modo essere allegate a posteriori.

In sostanza, la norma dissimulando in realtà un'estensione in sede giurisdizionale della facoltà della parte pubblica che già esercita il poteri di supremazia, di motivare i propri atti ex-post, si pone in contrasto, laddove appunto consente all'Amministrazione di integrare in modo surrettizio, un provvedimento in ipotesi illegittimo, con il principio consolidato per il quale "Il provvedimento deve recare in sé la propria motivazione la quale, quindi, non può seguire cronologicamente la determinazione presa dall'Amministrazione" (Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 1994 n. 164; Cons. Stato, Sez. IV, 27 maggio 1991 n. 454; Cons. Stato, Sez. VI, 8 gennaio 1991 n. 8), atteso che "La motivazione carente di un provvedimento non può essere integrata in corso di giudizio mediante atti difensivi" (Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 1994 n. 819; TAR Lazio-Latina, 6 aprile 2000 n. 14).

Parimenti, quanto all'obbligo di invio della comunicazione di avvio del procedimento, prescritto in via generale dall'art. 7 L. n. 241/90, non potrebbe, secondo lo stesso principio di ragionevolezza, ritenersi pleonastico ex-lege per i procedimenti finalizzati all'adozione di un atto di natura vincolata

Tale esclusione dell'obbligo procedimentale delineato dallo stesso art. 21-octies della L. n. 15 del 2005 non trova univoco supporto negli orientamenti della giurisprudenza, che con tale innovazione legislativa si interebbero canonizzare, poichè tale comunicazione pur in presenza di atti vincolati è stata ritenuta indispensabile:



- "tutte le volte in cui sia necessaria un'attività diretta all'esatto accertamento della situazione di fatto su cui si fonda il provvedimento" (Cons. Stato, Sez. VI, 21 agosto 1993 n. 586: TAR Puglia - Sez. I, 5 ottobre 2000 n. 3921);

- "quando l'interessato possa far rilevare elementi tali che avrebbero potuto indurre l'Amministrazione a recedere dal provvedimento restrittivo" (TAR Lombardia-Milano, 6 ottobre 2000 n. 5850);

- giacchè la ragion d'essere della partecipazione si configura anche quando i presupposti del provvedimento da adottare richiedano comunque un accertamento configurandosi anche in tal caso l'interesse del privato a prospettare fatti ed argomenti in suo favore" (Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998 n. 474; TAR Lazio - Sez. I, 21 settembre 2000 n. 7297).

Tale essenziale momento di garanzia appare, a maggior ragione, doveroso e necessitato in materie caratterizzate da incertezze normative e pratiche, ad esempio, in caso di esercizio del potere sanzionatorio in seguito alla presentazione di una denuncia di inizio attività.

La giurisprudenza non è, infatti, univoca nello stabilire se l'esercizio del potere sanzionatorio da parte della P.A., quando sia decaduta dall'esercizio del potere inibitorio, abbia carattere vincolato (come ritengono i più) o sia comunque esercitabile alla stregua dei principi dell'autotutela (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3916/2005).

Con riferimento agli impianti di telefonia cellulare, la stessa giurisprudenza ha escluso che la DIA abbia valore provvedimentale e che il potere repressivo, pur ricondotto allo schema generale dell'autotutela, costituisca attività di secondo grado" (Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4453).

Al di là dei particolari problemi interpretativi che possono insorgere sul piano della attuazione pratica, va ricordato che i principi ispiratori delle modifiche introdotte dalla L. n. 15/2005 con specifico riferimento al versante testè affrontato, hanno trovato una definitiva formulazione con la LEGGE 14 MAGGIO 2005 N. 80 che all'art. 6-ter, con cui è stato sostituito l'art. 20 della L. 7 agosto 1990 n. 241, testualmente dispone che "nei casi in cui il silenzio dell'Amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'Amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies"

Altro discorso può essere sviluppato quando nell'ambito di un procedimento assume rilevanza l'espletamento di un'attività consultiva.

Secondo la una parte della dottrina, la novella di cui alla L. n. 15/2005 sarebbe censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale se, finanche in corso di giudizio, "il provvedimento viziato dalla mancata assunzione di un parere obbligatorio, in mancanza dell'annullamento dell'atto" potesse avvalersi di una riparazione del vizio (che al cittadino nel caso opposto non è concessa - n.d.r.) "attraverso l'assunzione tardiva del parere" (GIURDANELLA, Guida alla riforma del procedimento amministrativo).

La più antica dottrina riteneva che "quando l'omissione si riferisce ad una precedente autorizzazione o ad un precedente parere obbligatorio" non costituisce mera irregolarità, ma giunge ad infirmare il medesimo provvedimento (ZANOBINI).

E' di palmare evidenza che la suaccennata interpretazione estensiva sarebbe in contrasto con la ratio e con lo stesso impianto normativo della L. n. 241/90.

Gli artt. 16 e 17 della citata L. n. 241/90 stabiliscono termini perentori per l'attività consultiva e per le valutazioni tecniche, senza trascurare che il principio del c.d. silenzio-facoltativo, non si applica ai pareri che devono essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e alla tutela della salute dei cittadini.

Sotto i delineati profili, anche in ragione del larvato privilegio di un posteriore diritto alla prova, come motivazione surrettizia ex-post, che l'art. 21-octies della L. n. 15/2005 inopinatamente introduce a favore della P.A., potrebbero risultare violati, in uno, il principio di legalità dell'azione amministrativa, anche l'esercizio del potere di controllo giurisdizionale, affidato al giudice speciale, che deve avere per il provvedimento amministrativo originariamente ed effettivamente emanato e non un quid novi che possa scaturire dalle maggiori e più pregnanti facoltà difensive in tal modo riconosciute dalla legge alla P.A. sul piano giudiziale.



In base alla formulazione della novella disposizione di legge, se di stretta interpretazione, ne risulterebbero sostanzialmente conculcate le garanzie partecipative in precedenza assicurate dalla stessa Legge n. 241/1990, che è norma di alta civiltà giuridica e, parimenti, il principio costituzionale di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge stabilito dall'art. 3 Cost. in relazione all'art. 24 Cost, finalizzato a garantire non solo la necessaria parità delle ragioni della difesa sul piano processuale.

Occorre in tal senso osservare che la facoltà così riservata alla P.A., ancorchè allo scopo di assolvere all'onere della prova, cioè in sostanza di potere allegare una motivazione a posteriori, ivi compresi gli atti vincolati, che tale motivazione non richiedono, potrebbe dar luogo ad una ulteriore anomalia del sistema, ad esempio nel caso di esercizio di una mera discrezionalità tecnica, laddove l'esame di fatti o situazioni sulla base di cognizioni tecniche, scientifiche o specialistiche, costituirebbe il presupposto per poter dimostrare in una sede impropria, quella giurisdizionale, che la soluzione adottata ovvero il "contenuto dispositivo" non poteva essere diverso, in tal modo alterando la parità dei diritti di difesa.

Se poi per "contenuto dispositivo" intendiamo la parte precettiva dell'atto, che sotto tale profilo potrebbe essere viziato quando, in violazione dell'art. 1346 cod. civ., non sia possibile, non sia lecito, non sia determinato ovvero non sia espressione di una potestà amministrativa, comprendiamo che se tale contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso, e quindi non annullabile ma nondimeno non avrebbe potuto non essere nullo.

Dunque, tale norma si rivela incoerente nel suo stesso oggetto, ove diretta ad introdurre una sorta di garanzia in ordine alla annullabilità per la categoria degli atti ivi contemplati, che in realtà sono nulli e, di converso, riconducibili agli altri casi di nullità previsti dall'art. 21-septies della stessa legge n. 15/2005.

Secondo una logica strettamente consequenziale, in caso di atti vincolati, il cui contenuto sia predeterminato dalla legge, non potendo ipotizzarsi vizi della funzione, e quindi un eccesso di potere, una volta esclusi tali profili di annullabilità, residuerebbero le ipotesi di nullità del "contenuto dispositivo", per cui la formulazione della legge sopracitata risulterebbe, a fortiori, ultronea.

Nè l'ipotizzata sua limitazione ai soli casi di mera irregolarità o di vizi procedurali appare di immediata soluzione, ovvero non potrebbe esimere detta novella dagli odierni appunti critici, ove venga intesa ed applicata come un provvedimento salvacondotto a motivazione surrettizia a posteriori di provvedimenti illegittimi ovvero nulli ab imis.

In conclusione, è positivo che il legislatore abbia affrontato le questioni cruciali dei vizi che possano dar luogo alle ipotesi di nullità ovvero di annullabilità dei provvedimenti amministrativi, ancorchè nel tentativo di regolamentare complesse fattispecie entro gli ambiti della legge, abbia ancora una volta eluso l'obiettivo essenziale di contribuire ad una semplificazione del sistema, offrendo al contrario maggiori ragioni al contendere, certo primariamente allo stato sul piano ermeneutico, ma anche e necessariamente nel crogiolo della prospettiva evolutivo-giurisprudenziale cioè della messa a fuoco dei casi concreti.

AVV. EZIO PEREGO
Avvocato in Milano
Patrocinante in Cassazione