



**Università
degli Studi
di Ferrara**



***I VIZI DEL PROVVEDIMENTO
AMMINISTRATIVO***

1. L'invalidità: i regimi



- **NULLITA'**: inidoneità dell'atto a produrre effetti giuridici.
- **ANNULLABILITA'**: idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici in modo precario, fino a che non intervenga l'annullamento a rimuoverli retroattivamente.
- L'annullabilità è il regime ordinario del provvedimento invalido, la nullità riguarda ipotesi tassative.

2. L'annullabilità (art. 21-octies l. 241/90)



- Incompetenza (relativa)
- Eccesso di potere
- Violazione di legge

3. L'incompetenza



- Se il provvedimento è stato adottato da organo o soggetto diverso da quello previsto dalla legge, ma pur sempre nell'ambito di quell'amministrazione o ramo dell'amministrazione titolare della attribuzione (incompetenza relativa)
- Ad es. atto adottato da dirigente personale anziché dirigente del settore trasporti;
- Da non confondere con il difetto assoluto di attribuzione (incompetenza assoluta)

4. L'eccesso di potere



- All'origine considerato come una violazione del vincolo del fine pubblico imposto dalla norma attributiva del potere (sviamento di potere);
- Successivamente ampliato dalla giurisprudenza a ipotesi di «cattivo uso» del potere discrezionale attraverso la costruzione delle c.d. figure sintomatiche, ovvero situazioni in presenza delle quali può dirsi che c'è stato un eccesso di potere, per travisamento di fatti, irragionevolezza, insufficiente valutazione di tutti gli interessi etc.

5. Eccesso di potere: principali figure sintomatiche



- Errore o travisamento dei fatti
- Motivazione insufficiente o contraddittoria
- Difetto di istruttoria
- Disparità di trattamento
- Irragionevolezza, violazione del principio di proporzionalità
- Violazione di circolari o prassi

6. La violazione di legge



- Categoria residuale in cui confluiscono tutte le restanti ipotesi di difformità tra provvedimento e schema legale
- può trattarsi di violazione di una norma contenuta in una fonte primaria o secondaria
- Può trattarsi di una norma relativa al provvedimento o al procedimento che doveva essere seguito

7. I cd. vizi non invalidanti (art. 21-octies l. 241/90)

- Sono casi specifici in cui la «violazione di legge» non determina la annullabilità del provvedimento (principio del raggiungimento del risultato)
- 1° caso: violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti se:
 - a) il provvedimento è vincolato, e inoltre
 - b) è palese che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato
 - c) Spetta al ricorrente provare il contrario

7. I cd. vizi non invalidanti (art. 21-octies l. 241/90)



- 2° ipotesi di vizio non invalidante riguarda violazione della norma sulla «comunicazione di avvio del procedimento» (art. 7 l. 241/1990).
- Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora:
 - 1) *l'amministrazione* dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere in concreto diverso da quello adottato
 - 2) Vale anche per gli atti discrezionali
 - 3) la difficoltà di dimostrare che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato è compensata dall'inversione dell'onere probatorio

7. I cd. vizi non invalidanti (art. 21-octies l. 241/90)



- La legge 241/90 ha trasferito nell'area della violazione di legge molte ipotesi che prima erano ascritte all'eccesso di potere (ad es. assenza di motivazione, difetti di partecipazione, dell'istruttoria).
- Ne è derivata una reazione antiformalista, basata sulla logica del risultato.
- A seguito della novella del 2005 si corre il rischio di degenerazioni antiformaliste. Occorre “una giusta presenza ed un corretto temperamento della componente sostanziale e della componente formale del diritto” (Falzea)

7. I cd. vizi non invalidanti (art. 21-octies l. 241/90)

- Alla base della logica dell'irrilevanza del vizio formale c'è la cd. regola del raggiungimento dello scopo, di cui al 156, cpc. Questa presuppone che in astratto l'invalidità dell'atto sussista, ma che venga ritenuta irrilevante in concreto.
- L'irregolarità presuppone invece validità dell'atto: è un'applicazione del principio di conservazione.

7. I cd. vizi non invalidanti (art. 21-octies l. 241/90)



- Contraddittorietà nel decretare l'irrilevanza delle regole esistenti: sarebbe stato più coerente disporre direttamente la soppressione delle regole inutili, piuttosto che lasciare questo potere nelle mani del giudice.
- In questo modo si avalla la non applicazione delle regole.
- La non annullabilità non elimina l'illegittimità intrinseca degli atti colpiti da vizi formali: si rischia un forte aumento delle azioni di risarcimento (salva difficoltà di dimostrare in giudizio il pregiudizio)

7. I cd. vizi non invalidanti (art. 21-octies l. 241/90)



- Sullo sfondo della visione sostanzialistica c'è l'idea dell'univocità del risultato (è palese che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso).
- Tuttavia, l'art. 21 octies, comma 2, apre anche ai provvedimenti discrezionali, per i quali manca l'univocità di risultato alla radice.
- Per definizione, il provvedimento discrezionale avrebbe potuto essere diverso, l'unico sindacato possibile si basa sulla ragionevolezza.

8. Nullità (art. 21-septies l. 241/90)



- Mancanza degli elementi essenziali
- Difetto assoluto di attribuzione (incompetenza assoluta)
(NB: la cd. «carenza di potere in concreto» finisce per ricadere in un caso di annullabilità)
- Violazione o elusione del giudicato
- Altri casi espressamente previsti dalla legge

9. Origine giurisprudenziale della nullità



- Corte di Cassazione: se l'atto è adottato in carenza di potere, non è in grado di produrre alcun effetto, manca di imperatività
- → non è in grado di incidere sulla situazione giuridica soggettiva del destinatario
- → il giudice competente a dichiararne la nullità è il giudice ordinario

9. Origine giurisprudenziale della nullità



- Carenza di potere «in astratto» = difetto assoluto di attribuzione (atto non rientrante tra i poteri di quella specifica amministrazione o di nessuna amministrazione; oppure, nel caso di atti di ministeri, spettante ad altro ministero)
- Carenza di potere «in concreto» = atto adottato in mancanza di un presupposto essenziale previsto dalla legge per es. espropriazione senza preventiva dichiarazione di pubblica utilità dell'opera
- Il Consiglio di Stato (a differenza della Cassazione) considera la carenza di potere in concreto come vizio di annullabilità (violazione di legge)

10. La presa di posizione del legislatore



- L'attuale formulazione dell'art. 21 *septies* sembra testimoniare una presa di posizione del legislatore a favore della tesi del Consiglio di Stato, secondo la quale solo la carenza di potere in astratto (“difetto assoluto di attribuzione”, come recita l'articolo in oggetto) è causa di nullità
- Viceversa, la carenza di potere in concreto darebbe luogo a una mera violazione di legge, e quindi a annullabilità
- Nonostante ciò, anche dopo il 2005 continuano a segnalarsi posizioni della Cassazione a favore dell'equipollenza tra carenza di potere in concreto e difetto assoluto di attribuzione

11. Nullità per violazione o elusione del giudicato



- Atto adottato senza conformarsi ad una sentenza già passata in giudicato o in sostanza eludendone il contenuto
- In questi casi la competenza è riservata al giudice amministrativo, abilitato a portare ad esecuzione la sentenze del GA o del GO (giudice dell'ottemperanza)
- È l'unica ipotesi di nullità che ha giurisdizione certa, per tutte le altre occorre utilizzare il criterio del *petitum* sostanziale (natura della posizione soggettiva lesa)