

BREVI CONSIDERAZIONI SUGLI EFFETTI DELLA NUOVA DISCIPLINA SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA IN AMBITO PROCESSUALE

di Vincenzo Cerulli Irelli

Publicato in “ASTRID – Rassegna”, anno 1 n. 13 del 2005

Le modifiche alla legge n. 241 del 1990, introdotte dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, incidono significativamente sull'assetto del sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni protette nei confronti dell'esercizio dei poteri amministrativi. Al riguardo, è dato individuare almeno quattro punti di contatto tra il piano giuridico sostanziale e quello giurisdizionale.

A) Le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva

Anzitutto, si possono segnalare nuovi casi di giurisdizione esclusiva introdotti dalle recenti riforme legislative, che presentano, invero, dubbi di legittimità costituzionale alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 204/04.

Si tratta delle controversie concernenti la determinazione dell'indennizzo, a seguito della revoca di atti amministrativi (art. 21-*quinquies*, l. n. 241); nonché di quelle relative alla dichiarazione di nullità di atti adottati in violazione o elusione del giudicato (art. 21-*septies*, comma 2, l. n. 241).

1. Quanto al primo ordine di casi, è ritenere si tratti di controversie concernenti diritti soggettivi, non connesse con questioni di invalidità di atti amministrativi; tant'è che gli atti di revoca, da cui è prodotto il pregiudizio (in ipotesi indennizzabile), sono per definizione atti legittimi ed a fronte di essi la legge assicura un *diritto* all'indennizzo a favore di quei soggetti che subiscono gli effetti di

tale pregiudizio.

Queste controversie prescindono e sono separate dalle controversie concernenti l'invalidità del provvedimento di revoca. E' difficile perciò sostenere la loro ascrivibilità all'area della giurisdizione esclusiva, alla luce della menzionata giurisprudenza costituzionale che limita tale area ai casi in cui il giudice amministrativo è chiamato a conoscere degli effetti prodotti da atti amministrativi invalidi su situazioni di diritto.

2. Per quanto riguarda invece le controversie concernenti gli atti nulli per violazione ed elusione del giudicato, è da ritenere che esse siano legittimamente ascritte alla giurisdizione esclusiva (sia laddove si tratti di questioni che si pongano in sede di giudizio di ottemperanza, sia di questioni che si pongono al di fuori delle vicende relative a detto giudizio) qualora l'oggetto del sindacato sia rappresentato da un episodio di esercizio del potere, che si manifesta comunque nell'adozione di un *atto* amministrativo (ancorché gravemente viziato).

B) La nuova disciplina della nullità degli atti amministrativa e la questione dei meri comportamenti

Una secondo punto di incontro tra la nuova normativa sull'azione amministrativa e i profili attinenti alla tutela giurisdizionale è rappresentato dalla disciplina della nullità degli atti amministrativi di cui all'art. 21-*septies*, l. n. 241.

1. Com'è noto tale articolo prevede la nullità dell'atto amministrativo mancante degli elementi essenziali; viziato da difetto assoluto di attribuzione; adottato in violazione o elusione del giudicato; nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Ebbene, in questa materia il criterio di riparto della giurisdizione rimane quello tradizionale, basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (salvo i casi di atti violativi o elusivi del giudicato, il cui sindacato è attribuito, come detto, al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva).

Tuttavia, se nessun problema particolare sembra porsi per le ipotesi di difetto assoluto di attribuzione o per i casi di nullità cd. testuale, che sotto il profilo del

riparto seguono i tradizionali orientamenti giurisprudenziali, maggiori problemi interpretativi si pongono di fronte alle ipotesi di nullità dell'atto per carenza degli elementi essenziali. Ed infatti, dall'individuazione di tali elementi in sede teorica - che non ha ancora raggiunto apprezzabili livelli di approfondimento - deriveranno prevedibili estensioni dell'area della nullità a scapito di quella dell'annullabilità degli atti amministrativi; con inevitabili ricadute sul piano del riparto di giurisdizione, sotto forma di ampliamento di quella ordinaria rispetto a quella amministrativa. Si pensi ad esempio alla motivazione o alla causa del provvedimento: laddove considerati elementi *essenziali* ai sensi dell'art. 21-*septies*, la loro mancanza verrebbe a tradursi in un vizio di nullità e non di annullabilità (come per lo più finora si è ritenuto), con un nuovo e diverso riallineamento del confine (mobile) tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, a vantaggio della prima.

2. Collaterale rispetto a quanto finora detto, risulta il problema dei *meri comportamenti* dell'amministrazione, rappresentabili come risultati di un'attività giuridica mancante della forma minima prescritta per la riconoscibilità della fattispecie siccome provvedimento amministrativo.

Anche con riguardo a tale area dei comportamenti, l'applicazione dell'art. 21-*septies* è idonea a produrre un'estensione della giurisdizione ordinaria. Sul punto, infatti, sembra difficilmente sostenibile la tesi che va emergendo nell'odierno dibattito; e cioè che, anche a fronte di un mero comportamento dell'amministrazione, che pure sia in qualche modo riconducibile all'esercizio del potere amministrativo, permanga la giurisdizione del giudice amministrativo. Si consideri, infatti, che questa prospettiva non potrebbe avvalersi della teoria della degradazione, per l'ovvia considerazione che in nessun caso, un comportamento materiale, ancorché proveniente da una pubblica amministrazione, potrebbe degradare ad interessi le situazioni di diritto soggettivo, sulle quali viene ad incidere.

Sembra allora preferibile l'idea che l'ambito della giurisdizione amministrativa si estenda ad ogni manifestazione di esercizio del potere, che tuttavia trovi la sua fonte in fattispecie che, per quanto viziate (anche gravemente), siano giuridicamente riconoscibili come atti e non come meri comportamenti; e questo a

prescindere dagli effetti che detti comportamenti siano in grado di produrre sulla realtà materiale. Su tale materia, sembra peraltro necessario che questi nuovi profili di riparto delle giurisdizioni beneficino di una coerente disciplina legislativa, ancorché non di rango costituzionale.

C) La nuova disciplina dell'annullabilità dell'atto amministrativo

Un ulteriore e significativo punto di intersezione tra la nuova normativa sull'azione amministrativa e il piano della giurisdizione può individuarsi nella disciplina dell'annullabilità del provvedimento amministrativo, di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241.

1. Com'è noto tale disposizione, dopo aver previsto (al primo comma) come regola generale l'annullabilità del provvedimento affetto da uno dei tradizionali vizi di legittimità (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge), dispone al secondo comma, due rilevanti deroghe alla predetta regola generale: da un lato, si prevede la *non annullabilità* del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la sua natura vincolata sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Dall'altro lato si prevede anche la *non annullabilità* del provvedimento per il vizio di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Ebbene, oltre ad importanti questioni teoriche sostanziali (segnatamente il problema se tale norma configuri delle ipotesi di mera irregolarità ovvero delle fattispecie comunque invalide, ancorché non annullabili), la norma solleva significativi problemi di ordine processuale. Il problema della natura formale di una violazione finisce, infatti, per inerire strettamente al tema della struttura della tutela giurisdizionale e segnatamente all'individuazione dell'effettivo oggetto di essa.

L'importanza al riguardo della nuova norma è di tutta evidenza. E' noto che l'interesse legittimo è protetto dall'ordinamento per ottenere un bene della vita o per evitare un pregiudizio. In taluni casi, l'interesse ha un contenuto ben specifico,

determinato dalla legge e quindi la relativa pretesa, che trova fondamento nelle stesse disposizioni di legge, deve essere soddisfatta dall'Amministrazione, anzitutto; e se insoddisfatta, deve trovare soddisfazione in sede giurisdizionale. In altri casi la pretesa non può essere soddisfatta se non in quanto coincidente con l'interesse pubblico; e la valutazione di questa "coincidenza" è affidata alla discrezionalità dell'amministrazione, com'è noto, e può essere sindacata nei limiti del vizio di eccesso di potere.

Nella nuova prospettiva aperta dall'art. 21-*octies*, comma 2, l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, cioè l'accertamento di una delle violazioni di cui all'art. 26 t.u. 1054/24, è solo uno degli elementi del giudizio amministrativo, il quale assume, rispetto al passato, una struttura più complessa, comprendendo anche l'accertamento della sostanziale fondatezza delle ragioni giuridiche del ricorrente: l'illegittimità dedotta potrà dirsi meramente formale, quando, sebbene la struttura del procedimento o del provvedimento manchi di un elemento che avrebbe dovuto esserci ai sensi di legge, il contenuto dispositivo del provvedimento stesso non ne risulta alterato; quando cioè il vizio di violazione di legge è neutro rispetto alla sostanza della pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente: pretesa che esiste ed è accertabile o meno a prescindere dall'illegittimità del provvedimento, che sotto questo profilo dimostra appunto il suo carattere formale. Viceversa l'illegittimità potrà dirsi sostanziale quando il vizio di violazione di legge viene ad incidere direttamente sulla possibilità dell'Amministrazione ed eventualmente del giudice (successivamente) di accertare e soddisfare la pretesa di colui che *iure* la fa valere.

In altri termini, se l'oggetto del giudizio si identifica con la pretesa del ricorrente ad ottenere il bene della vita al quale ha titolo, il carattere sostanziale o formale della violazione si manifesta rispettivamente in funzione della idoneità del vizio a frustrare o meno la soddisfazione di tale pretesa.

La norma in esame sembra dunque in grado di ribaltare la tradizionale struttura del giudizio amministrativo, da sempre fondato sul principio della domanda; una struttura, cioè, in cui il giudice è sempre stato chiamato a conoscere, non della legittimità dell'atto in sé, ma della fondatezza dei motivi di legittimità

dedotti, i quali rappresentavano nettamente il perimetro del sindacato del giudice; restando impregiudicata la questione della validità dell'atto quanto alla fondatezza di altri motivi di legittimità non dedotti e che il giudice amministrativo pertanto non poteva conoscere.

In virtù della nuova norma, il giudice amministrativo dovrà considerare ininfluenti, ai fini dell'annullamento dell'atto impugnato, i vizi di carattere formale e procedimentale dedotti dal ricorrente, qualora l'atto in sé, nel suo contenuto dispositivo, risulti conforme al parametro normativo. Tutto ciò, evidentemente, rende necessario un previo accertamento circa la conformità o meno dell'atto rispetto alla norma; accertamento previo, rispetto alla valutazione dei motivi dedotti dal ricorrente, i quali saranno rilevanti o meno, a seconda che l'accertamento sulla compatibilità tra norma e contenuto dispositivo dell'atto abbia dato luogo ad una valutazione rispettivamente di segno positivo o negativo.

L'art. 21-*octies* pone inoltre problemi riferibili ai limiti oggettivi del giudicato; in particolare, pone la questione se, nel caso in cui, ai sensi della norma in esame, il giudice amministrativo abbia rigettato la domanda di annullamento dell'atto stante il rilevato carattere *formale* della violazione, la sentenza faccia stato sulla legittimità dell'atto in sé, con quel che ne segue, sia in sede giurisdizionale sia in sede di autotutela.

D) La nuova disciplina sul cd. silenzio della pubblica amministrazione

Un altro interessante punto di incontro tra la nuova normativa sull'azione amministrativa e gli aspetti attinenti alla giurisdizione amministrativa si individua in relazione alla disciplina sul cd silenzio della pubblica amministrazione, introdotta dalla l. n. 15/2005 e successivamente modificata dalla l. n. 80/2005.

In passato, rispetto ai casi di illegittima inerzia della pubblica amministrazione, al giudice amministrativo (nelle ipotesi di esercizio di potere vincolato) non era richiesta una pronuncia qualsiasi, bensì una pronuncia di contenuto positivo in relazione ad un preteso provvedimento che fosse soddisfacente

dell'interesse fatto valere dal ricorrente; con la conseguenza che, in quella sede, lo stesso giudice finiva per respingere il ricorso avverso il silenzio, laddove ravvisasse comunque motivi di infondatezza dell'istanza avanzata dal medesimo ricorrente (per tutti, Cons. St., sez. V, 25.9.2000 n. 5081; Cons. St., sez. VI, 1.2.1999 n. 101; Cons. St., sez. IV, 18.10.1996 n. 1117).

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 21-*bis* della l. Tar (introdotto dalla l. n. 205/2000), in considerazione del rito semplificato ed abbreviato previsto in tale ambito dal legislatore, il Consiglio di Stato, con la nota decisione dell'Adunanza plenaria n. 1/2002, ha interpretato in senso limitativo i poteri del giudice amministrativo, in sede di sindacato sulle ipotesi di inerzia dell'amministrazione, riducendoli al mero accertamento della illegittimità del silenzio ed alla conseguente condanna dell'amministrazione ad adottare un provvedimento, da individuarsi, quanto al contenuto, esclusivamente da parte dell'amministrazione. Dopo il 2002, dunque, il giudizio amministrativo sul silenzio ex art. 21-*bis*, l. n. 1034/1971, sembrava aver perso qualunque collegamento con l'eventuale fondatezza o infondatezza dell'istanza formulata dall'interessato e sulla quale l'amministrazione era rimasta inerte.

Con la recente modifica prevista dalla l. n. 80, in base alla quale si prevede che "*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*" (art. 2, comma 5, l. n. 241), il legislatore sembra aver voluto recuperato, nella sostanza, le precedenti intuizioni giurisprudenziali. Occorre tuttavia fare attenzione. La norma attribuisce al giudice una mera facoltà ("*può*") di conoscere la fondatezza dell'istanza; il suo è un sindacato che dipende dalle circostanze obiettive dell'azione, ed in particolare dal carattere vincolato o a bassissima intensità discrezionale del potere oggetto di verifica. Inoltre, occorre la richiesta di parte circa tale verifica sul grado di fondatezza della pretesa, e questo aspetto impone la necessità di apportare congrui adattamenti alla struttura del processo attualmente disegnata dall'art. 21-*bis*, segnatamente sotto il profilo della completezza dell'attività istruttoria del giudice.