

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/09/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37313-la-natura-sostanziale-o-processuale-del-divieto-di-annullamento-per-vizi-formali-o-procedimentali>

Autore: Picaro Valeria

La natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedimentali.

La natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedurali.

Il processo amministrativo nasce¹ sostanzialmente nel 1889 quale risposta ottimale alla tutela dell'interesse legittimo oppositivo; invero, si introduce la giurisdizione di annullamento proprio perché in quel periodo storico l'amministrazione agiva nei confronti del cittadino solo a limitarlo, "a togliere", tant'è che l'unica azione amministrativa esistente era invasiva, e il relativo giudizio che si configurava era quindi, naturalmente, un giudizio di impugnazione.

Successivamente, l'amministrazione si evolve, ma il processo rimane fermo; il limite da superare sta nel fatto che con la nascita dell'interesse legittimo pretensivo, il rimedio dell'annullamento di un provvedimento a carattere negativo non soddisfa in alcun modo il singolo.² La soddisfazione potrebbe pervenire solo se si ammettesse la possibilità che il g.a. possa condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento positivo, pertanto satisfattivo dell'interesse al bene della vita, ma questo presupponeva il sostituirsi all'amministrazione, e quindi violare l'area riservata.

L'intervento dell'art 21-octies³ che impedisce al g.a. di annullare il provvedimento amministrativo in alcune ipotesi di vizi procedurali e formali, fa venire meno il principio che caratterizzava la tutela dell'interesse legittimo oppositivo, definito dalla dottrina come principio dell'ultronea protezione dell'interesse legittimo oppositivo.

Prima dell'avvento di tale norma, il g.a. poteva annullare il provvedimento illegittimo per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere; nella violazione di legge erano ricomprese anche le regole formali e procedurali. In questo senso, per come funzionava il processo e per i vizi che si potevano lamentare, l'interesse oppositivo era tutelato oltre misura nel senso che consentiva l'annullamento anche quando il provvedimento era corretto dal punto di vista sostanziale, cioè quando era giusto sacrificare quel bene della vita in quella determinata circostanza. Ecco l'ultronea protezione: va oltre quanto dovuto in quella situazione.

¹ SCOCA F.G., *Genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2011.

² Ad esempio, richiedo una concessione, mi viene negata, impugno il provvedimento illegittimo che viene annullato e torno nella situazione quo ante: rimango sempre insoddisfatto.

³ Co1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Co2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per 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.

Parte della dottrina a questa presa d'atto oppone l'esistenza di una tutela fittizia, nel senso che oppone la possibilità per l'amministrazione di riadattare lo stesso provvedimento senza vizio formale, ovvero, ripartire dal primo step del procedimento rispettando la regola procedimentale, e quindi vanificando la protezione ultronea.

A questa critica si solleva sicuramente la soddisfazione sicura del singolo in relazione ad un mero vizio formale; inoltre non è detto che l'amministrazione riadotti il provvedimento, tant'è che per l'avverarsi di questa ipotesi dovrebbe rimanere del tutto immutata la situazione di fatto. Si rileva inoltre la possibilità che l'amministrazione nel nuovo procedimento possa valutare gli interessi in maniera diversa e quindi non pervenire alla medesima decisione. È quindi fuori dubbio che si tratti di una tutela fittizia.

Il panorama normativo che accompagna l'art.21-octies sembrerebbe accordare al singolo cittadino risposte adeguate di tutela, tant'è che a ben vedere, si colloca in una fase dell'ordinamento amministrativo per alcuni versi diretta ad accordare al cittadino una più ampia tutela⁴ verso la p.a ma con la vigenza dell'art.21-octies è finita l'ultronea protezione⁵. Non è più certo che il g.a. annulli il provvedimento per un mero vizio formale, ragion per cui la regola formale non condiziona la decisione sostanziale nei casi di attività vincolata, cioè quelle ipotesi in cui l'amministrazione non ha discrezionalità nell'adozione del provvedimento.

Ma quali sono i casi di attività vincolata? Soprattutto in materia edilizia⁶ essi non esistono, poiché, seppur il presupposto proviene dal legislatore, lo stesso involge delle valutazioni da parte dell'amministrazione perché può non essere di univoca determinazione. Il presupposto fa parte dell'attività amministrativa quindi non è un momento diverso dalla decisione. Il presupposto di conseguenza incide eccome sulla decisione!

⁴ Il riferimento è prima al d.lgs.vo n.80/1998 che aveva iniziato un processo di adeguamento della giurisprudenza esclusiva alla tutela dei diritti soggettivi, seppur limitatamente ad alcune materie e poi alla più generale legge di riforma del processo amministrativo (l.205/2000, art.7) che ha riconosciuto al g.a. il potere di accordare la tutela risarcitoria, per equivalente e in forma specifica, quella cautelare atipica, a prescindere dal tipo di giurisdizione, più ampi mezzi istruttori nell'ottica di colmare il più possibile, le lacune del processo amministrativo verso la soddisfazione dell'interesse legittimo e le incongruenze del d.lg. n.80 del 1998 in tema di giurisdizione esclusiva. Cfr. A.FABRI, *Natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedimentali*, in *Diritto e processo amministrativo* 4/08.

⁵ La tendenza alla dequotazione del vizio procedimentale è ora suggellata a livello normativo dal nuovo art. 21 octies, comma 2, legge n. 241/1990 che stabilisce, la regola della non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da un vizio di forma o di procedimento, quando il vizio medesimo non abbia influito sul contenuto dispositivo del provvedimento. I VIZI FORMALI E PROCEDIMENTALI, Dott. Roberto Giovagnoli, *Il codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2010.

⁶ Cfr. A. FABRI, *Diritto e processo* 1/2014.

Es. Decadenza permesso di costruire dopo un anno dall'avvio dei lavori: ma quando il lavoro è avviato? Dal primo mattone? Da quando lo scheletro è presente? Da quando c'è il tetto? Quindi è vero che la decadenza è un provvedimento vincolato ma il presupposto che condiziona la decisione è oggetto della valutazione dell'amministrazione.

In queste ipotesi il giudice non annulla più, o meglio, il risultato non è più certo e sicuro; siamo di fronte alla fine dell'ultronea protezione e viene meno anche il principio di legalità, la norma infatti non ha più la forza di imporsi al suo destinatario.

Per una parte della dottrina la norma intende semplificare il processo amministrativo ed è in favore tutela dell'interesse pubblico ma per il Follieri non è così: i vizi formali sono veri e propri vizi dell'atto come procedimento, tant'è che un parere può condizionare o meno la decisione finale, dipende dalla sua specificità nella fattispecie concreta, non è apriori influente.

L'obiettivo perseguito dal 21-octies è la salvaguardia del risultato quale che sia quando lo scopo è raggiunto, cioè la logica dell'amministrazione di risultato⁷. Per il Follieri la norma è quindi incostituzionale non solo nella parte in cui vieta l'esclusione o comunque la limitazione della tutela giurisdizionale a particolari mezzi di impugnazione ma anche in riferimento al divieto di escludere o limitare l'annullamento <<a determinate categorie di atti>> che chiude il secondo comma dell'art.113⁸ Cost.⁹

Non ci resta che esaminare la natura giuridica dell'art. 21-octies.

Se ha natura sostanziale¹⁰ riguarda l'attività amministrativa, tanto più che si colloca nella legge 241/90 che regola il procedimento, e se è sostanziale vuole esimere l'amministrazione dal rispetto

⁷ La regola del raggiungimento dello scopo presuppone, diversamente dall'irregolarità, che l'invalidità dell'atto sussista in astratto, ma che essa venga reputata in concreto irrilevante, in ragione del fatto che, da un'indagine operata ex post da parte del giudice, rispetto a quel singolo caso, emerge che lo scopo dell'atto è stato comunque raggiunto, nonostante il vizio riscontrato. Viceversa, l'irregolarità si ricollega al più generale principio di strumentalità delle forme. Con la conseguenza che l'atto da essa inficiato non appare in effetti riconducibile ad alcuna ipotesi di invalidità, poiché vi è un contrasto con il testo, ma non con lo spirito della norma, la quale non ne risulta, perciò, sostanzialmente violata. Lo stesso Giannini precisava, infatti, come l'irregolarità rappresentasse un'applicazione del principio di conservazione del provvedimento "... rimessa alla prudenza del giudice" e come essa andasse riferita a quelle ipotesi in cui la violazione della norma non comportasse conseguenze rispetto alla valutazione degli interessi o alla cura dell'interesse concreto o, ancora, alla tutela di situazioni giuridiche soggettive altrui. Cfr. Diana-Urania Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo art.21 octies L.241/1990*

⁸ Ai sensi, infatti, dell'art. 113 Cost., comma 3, "La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa". Il che, se da un lato ha il significato di istituire una riserva di legge in materia, dall'altro lato ha anche il significato di individuare una tutela giurisdizionale precipua nei confronti degli atti amministrativi illegittimi: la tutela di annullamento, per l'appunto.

⁹ Cfr. A.FABRI, *Natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedurali*, in *Diritto e processo amministrativo* 4/08.

¹⁰ All'opposta conclusione della natura sostanziale dell'art. 21 octies, comma 2, è pervenuta la V Sezione del Consiglio di Stato, sviluppando ragionate argomentazioni a confutazione di quelle precedentemente spese a sostegno della tesi processualistica.

Sinteticamente, ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada, a favore della natura sostanziale depongono:

- la collocazione della disposizione nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo e, segnatamente, subito dopo la disciplina dei vizi dell'atto amministrativo (art. 21 octies, comma 1);
- la volontà legislativa, resa evidente, dal contenitore prescelto, di trasporre sul piano del diritto sostanziale quanto già previsto dalle disposizioni processuali contenute negli artt. 26 del T.U.L.C.D.S. e 3 della legge istitutiva dei T.A.R.;
- la formula negativa <<non è annullabile>> non può essere sopravvalutata, in quanto il precetto normativo, seppure in forma negativa, delimita l'ambito applicativo del concetto di annullabilità sostanziale descritto al precedente comma 1;

di certe regole in alcune ipotesi, perciò il provvedimento è legittimo e il g.a. non annulla. Vi è coincidenza tra legittimità/non annullabilità e tale orientamento collima con la Corte Costituzionale.

Ma come si fa a non annullare un provvedimento illegittimo?

La tesi più seguita è quella processuale¹¹, che pur affermando che la norma si colloca in una Legge sulle regole dell'azione, non è altro che una norma processuale poichè fa riferimento ai

- il richiamo contenuto nell'art. 21 *nonies* all'intero art. 21 *octies* non depone per la natura processuale di quest'ultima, in quanto deve ritenersi annullabile in autotutela soltanto il provvedimento che non ricade nell'ambito applicativo dell'art. 21 *octies*, comma 2;

- la tesi della natura sostanziale non è smentita dalla formulazione dei due periodi dell'art. 21 *octies*, comma 2, la quale richiama l'esito di un accertamento giudiziale e, pertanto, sembra descrivere, secondo un modello di sanatoria, un evento sopravvenuto rispetto all'emanazione dell'atto amministrativo, in quanto <<la situazione sostanziale di non annullabilità è già presente in un momento precedente, non è affatto condizionata dalla vicenda processuale successiva>>;

- né a conclusione opposta conduce rilevare che la norma contenga regole – di matrice apparentemente processuale - di accertamento dei fatti da parte del giudice, giacché le regole di ripartizione dell'onere di allegazione e di prova dei fatti non assumono, per orientamento costante della Cassazione civile, natura processuale, ma sostanziale, come è facilmente desumibile dalla collocazione nel codice civile degli artt. 2697 ss.

Di qui l'esito interpretativo che l'art. 21 *octies*, comma 2, <<non ha affatto natura processuale, ma propriamente sostanziale, sia per quanto riguarda gli effetti prodotti, sia per quanto concerne la fattispecie considerata, in relazione ad entrambe le due previsioni che la compongono>>, e che essa non assurge a <<norma meramente ricognitiva del diritto vivente>>, risultando, pertanto, inapplicabile nei riguardi di provvedimenti perfezionatisi prima dell'entrata in vigore della legge n. 15/2005.

Gli argomenti che precedono sono stati raccolti con favore e sviluppati da una parte della dottrina, la quale ha evidenziato come il legislatore abbia inteso ridurre le possibilità di annullamento del provvedimento attraverso una disciplina che mette a fuoco i vizi di quest'ultimo: in sintesi, è da una specifica disciplina dei vizi, e dei loro caratteri, che scaturisce la restrizione del rimedio caducatorio. In presenza di una disciplina sulla qualità dell'atto e di una selezione dei vizi non invalidanti da quelli invalidanti, si imporrebbe l'inquadramento della disposizione tra quelle tese a regolare sul piano sostanziale la maggiore o minore aderenza dell'atto al paradigma legale di riferimento. L'ART.

21 *OCTIES*, COMMA 2, L. N. 241/1990 NEL DIRITTO VIVENTE, Dott. Alberto Chinè, www.giustizia-amministrativa.it

¹¹ La giurisprudenza amministrativa, con orientamento a tutt'oggi di gran lunga maggioritaria, ha sostenuto la natura processuale della disposizione, facendo discendere da detto inquadramento una serie di corollari, e segnatamente:

- la disposizione non si occupa della disciplina sostanziale dell'atto amministrativo, il quale rimane invalido, ma esclusivamente della sanzione dell'annullamento, che rimane in concreto esclusa;
- la disposizione è rivolta al giudice e non all'amministrazione, di talché il suo naturale terreno di elezione è il processo amministrativo, nel corso del quale essa può trovare compiuta attuazione;
- la disposizione non preclude, quindi, l'annullamento in autotutela, né la disapplicazione da parte del giudice ordinario, e non è ostativa al risarcimento del danno da provvedimento illegittimo;
- la disposizione si applica anche ad atti perfezionatisi prima dell'8 marzo 2005 (data di entrata in vigore dell'art. 21 *octies*), nei giudizi definiti dopo tale ultima data;
- la disposizione assume carattere eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alla regola dell'annullabilità degli atti amministrativi viziati da violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza;
- la disposizione configura esercizio del potere legislativo esclusivo dello Stato nella materia "giustizia amministrativa", di talché non può essere modificata o derogata con interventi legislativi regionali;

Ulteriore corollario, di particolare importanza per le sorti del giudizio amministrativo, concerne il tipo di pronuncia adottabile dal giudicante all'esito dell'accertamento imposto dall'art. 21 *octies*, comma 2: una pronuncia di rito e non di merito, trattandosi di rilevare l'assenza di interesse in capo al ricorrente a coltivare un giudizio dal quale non può trarre alcuna utilità. In entrambe le ipotesi disciplinate dalle distinte disposizioni contenute nel comma 2, l'accertamento giudiziale della correttezza del contenuto del provvedimento (contenuto, pertanto, non suscettibile di modificazione in sede di rinnovazione dell'azione amministrativa) imporrebbe una pronuncia di inammissibilità del gravame.¹ L'orientamento sopra esposto trova argomenti di tipo letterale, sistematico e teleologico.

poteri del giudice, pertanto si colloca all'interno nel processo, ecco che il provvedimento è illegittimo e nonostante ciò il giudice non lo annulla.

Entrambe le teorie tentano di giustificare la norma sul piano della teoria generale ma sul piano della tutela il risultato è il medesimo, il giudice nell'ambito operativo del 21-octies è abilitato a non annullare.¹²

L'affermazione dell'una o dell'altra tesi, dunque, assume, particolare rilievo in relazione al risarcimento del danno per lesione dell'interesse procedimentale del cittadino che sembra costituire l'unica forma di tutela ammissibile nei casi previsti dall'art.21-octies, comma secondo, l. n. 241/90. Viceversa, il valore processuale o sostanziale della norma da qua risulta influente sulla tutela di annullamento, preclusa per espressa previsione normativa quando l'osservanza di norme formali o procedurali non avrebbe modificato il contenuto della decisione adottata, nonché

Sul piano letterale, sembrano deporre univocamente per la natura processuale della disposizione la formula negativa <<non è annullabile>> usata in entrambi i periodi del comma 2, nonché il richiamo – nel secondo periodo – alla dimostrazione <<in giudizio>>, ad opera dell'amministrazione resistente, che il contenuto non poteva essere diverso. Entrambi gli argomenti letterali spingono nel senso che l'ambito applicativo della norma è limitato al processo ed alla peculiare reazione dell'ordinamento a fronte di atti invalidi costituita dall'annullamento giudiziale.

Sul piano sistematico, un argomento è stato rinvenuto nel contenuto dell'art. 21 *nonies*, comma 1, della legge n. 241/1990 che, nel disciplinare l'annullamento d'ufficio, richiama l'intero articolo 21 *octies* (e non il solo comma 1), si da lasciare intendere che il provvedimento non annullabile in sede giurisdizionale ai sensi del comma 2, è comunque suscettibile di annullamento in sede di autotutela.

Sul piano teleologico, si evidenzia che la *ratio* della disposizione non è di compiere una sanatoria generalizzata del provvedimento amministrativo viziato da profili di violazione di legge, bensì di articolare e graduare il sistema sanzionatorio alla effettiva natura del vizio riscontrato in concreto, nonché alla pretesa sostanziale azionata in giudizio. Su questo versante, l'art. 21 *octies*, comma 2, confermerebbe, anche nell'ambito del diritto pubblico (come avviene da tempo nell'ambito del diritto privato, la necessità di distinguere tra <<regole di validità>> e <<regole di condotta>>: le prime funzionali alla disciplina della validità dell'atto; le seconde, funzionali ad una qualificazione in termini di illiceità della sola condotta umana e neutrali ai fini della disciplina dell'atto. Alle due categorie di regole conseguirebbero sanzioni di tipo diverso: la nullità – annullabilità dell'atto; la responsabilità dell'autore della condotta illecita. Traslando i superiori principi privatistici alla materia di nostro più stretto interesse, l'art. 21 *octies*, comma 2, testimonierebbe che anche nel diritto pubblico a fronte della violazione di particolari regole di condotta (segnatamente le regole procedurali e formali), la risposta dell'ordinamento si registra non sul piano dell'annullamento giurisdizionale dell'atto, bensì nelle sedi più appropriate dei rimedi amministrativi e della responsabilità dell'autore della violazione. L'ART. 21 *OCTIES*, COMMA 2, L. N. 241/1990 NEL DIRITTO VIVENTE, Dott. Alberto Chinè, www.giustizia-amministrativa.it.

¹² È evidente allora, che le due tesi, processuale e sostanziale, non hanno certamente valore meramente descrittivo, determinando, ognuna, conseguenze diverse, non solo sotto il profilo di teoria generale, dell'invalidità del provvedimento amministrativo ma anche il relazione ai principi fondamentali di rilievo costituzionale, dell'attività della p.a. e del processo amministrativo, nonché sul piano di diritto transitorio. E se è vero, che nel diritto, le distinzioni, le classificazioni o l'enucleazione di categorie, si giustificano solo se producono effetti diversi in relazione alla disciplina giuridica applicabile, non vi è dubbio che le due interpretazioni in ordine alla natura dell'art 21-octies, comma secondo, l. n. 241/1990, siano sicuramente rilevanti dato che sposare l'una o l'altra determina notevoli differenze nell'ambito dei principi e delle regole giuridiche operanti. L'unico punto in comune tra le due tesi riguarda la non annullabilità del provvedimento amministrativo, quando l'osservanza di norme sul procedimento o sulla forma degli atti non avrebbe modificato il contenuto della decisione adottata, pur partendo da diversi presupposti e con diverse argomentazioni. Infatti, per la costruzione processuale il provvedimento, adottato in violazione di norme formali o procedurali, è ab origine illegittimo, seppur non annullabile, mentre per i fautori della natura sostanziale il medesimo provvedimento nasce legittimo e non è, dunque, annullabile. Cfr. A.FABRI, *Natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedurali*, in *Diritto e processo amministrativo* 4/08.

sulla tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi, parimenti inammissibile per la mancanza del danno ingiusto e ciò a prescindere dal limite della pregiudizialità amministrativa.¹³

Dott.ssa Valeria Picaro

¹³ Cfr. A.FABRI, *Natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedurali*, in *Diritto e processo amministrativo* 4/08.