



PROVINCIA REGIONALE DI MESSINA

Segreteria Generale

Servizio Ispettivo, di Controllo e di Prevenzione della Corruzione

INCONTRO FORMATIVO PER LA DIRIGENZA

20.3.2014

LA REDAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NELL'AMBITO DELL'ATTIVITA' DEI CONTROLLI



PREFAZIONE

Nell'ambito dell'attività ispettiva e di controllo successivo, posto in essere ai sensi della DL.147/12 conv. In L213/2012, sono emersi aspetti nella redazione degli atti che presentano in alcuni casi carenze di contenuti e talvolta elementi distonici che indicano il profilarsi di vizi dell'atto amministrativo.

Nell'intento di fornire degli elementi di supporto all'attività dei dirigenti sono state evidenziate dal Servizio ispettivo le tematiche di maggiore rilievo che, in questa sede, sono oggetto di approfondimento.

Gli argomenti riguardano la redazione degli atti amministrativi sotto il profilo del corretto procedimento evidenziando sia i profili amministrativi sia i profili contabili.

In ordine ai rimedi che vanno posti sull' atto amministrativo viziato sono evidenziati i diversi percorsi che si possono intraprendere al fine di ripristinare la legittimità dell'atto.

Attraverso questa sintetica relazione che non vuole essere esaustiva di argomenti che sono propri dei manuali di diritto e di contabilità, mi limiterò a *somministrare* delle cosiddette “ *pillole di integrità* ” interfacciati da schemi sintetici, per consentire di correggere dei comportamenti non conformi che rischiano di determinare conseguenze nell'ambito dell'attività amministrativa ma soprattutto per avviare un confronto su argomenti che chiamano la dirigenza ad assumere una piena e complessiva responsabilità sull'azione amministrativa a garanzia del buon andamento.

**Il Segretario Generale
Maria Angela Caponetti**

L'Obbligo di motivazione degli atti amministrativi

L'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo è stato espressamente introdotto dall'**art. 3 della L. n. 241/1990** che, in via generale, ha previsto che tutti gli atti amministrativi debbono indicare i **presupposti di fatto e le ragioni giuridiche** a base dell'atto stesso, sulla base delle **risultanze dell'istruttoria**.

Per **presupposti** si intendono i fatti permissivi o costitutivi il cui verificarsi consente l'adozione di un determinato atto, e per **motivi** gli interessi coinvolti nel procedimento, in base al suo oggetto.

La motivazione può inoltre essere suddivisa, dal punto di vista logico in due parti: l'esposizione delle circostanze di fatto e di diritto, e cioè dei suoi presupposti, definita anche 'giustificazione', e 'l'esposizione dei motivi' in senso stretto, vale a dire del percorso logico-giuridico che ha presieduto e condotto a un determinato provvedimento.

Attraverso la motivazione, l'amministrazione rende ragione dei fattori legittimanti il potere esercitato con l'adozione di un determinato provvedimento. Il che, ovviamente, non la sottrae alla possibilità che il giudice amministrativo intervenga in merito alla congruità dei motivi addotti a sostegno della decisione.

Anteriormente alla legge sul procedimento amministrativo, in mancanza di un obbligo generalizzato di motivazione, la giurisprudenza aveva individuato alcune categorie di atti per i quali si riteneva necessaria, a pena di illegittimità, l'indicazione dei motivi posti a base dell'adozione, onde rendere possibile il controllo degli interessati e del giudice amministrativo in caso di impugnativa, **quelli in particolare a contenuto negativo** (rifiuto di nulla osta e licenza), che concludono un procedimento di secondo grado (revoca o annullamento in sede di autotutela), che comportano giudizi o valutazioni comparative.

Inoltre, per gli atti a contenuto vincolato, in cui è la stessa norma attributiva di potere che ne spiega l'ambito, non occorreva la motivazione, che invece era richiesta nei provvedimenti a contenuto discrezionale nei quali la stessa fattispecie legale affida all'autore il potere di scelta tra soluzioni diverse.

L'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990, come modificata dalla l. n. 15/2005 in Sicilia L.r. 10/91 e ss.mm.ii.) ha recepito l'istanza volta alla generalizzazione dell'obbligo

di motivazione dei provvedimenti, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi e il personale, dettando puntuale indicazioni sulla struttura della stessa (che deve «indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»), ed escludendo dall'obbligo solo gli atti normativi e quelli a contenuto generale.

Il co. 3 dello stesso articolo ha altresì disciplinato la motivazione *per relationem*, prevedendo che, qualora le ragioni della decisione risultino da altro atto dell'amministrazione, richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima debba essere indicato e reso disponibile anche l'atto cui essa si richiama.

L'omessa esternazione del percorso giustificativo e dell'iter logico seguito dall'amministrazione determina pertanto l'illegittimità del provvedimento.

La previsione del carattere obbligatorio della motivazione produce effetti rilevanti con riferimento alla tutela giurisdizionale: ai sensi dell'art. 3 della citata legge, la mancanza della motivazione, o l'omessa indicazione delle ragioni che hanno indotto l'autorità ad adottare l'atto, costituisce un vizio del provvedimento che può portare al suo annullamento per violazione di legge.

Attraverso la motivazione, dunque, l'autorità amministrativa deve rendere ragione del modo in cui ha svolto la propria funzione.

Con il conseguente effetto che la previsione dell'obbligo di motivazione viene oggi strutturalmente riconnessa alle 'risultanze dell'istruttoria', sicché attraverso la motivazione l'autorità amministrativa dovrà rendere ragione del modo in cui ha svolto la propria funzione.

La motivazione deve essere esternata chiaramente attraverso espressioni idonee, e deve essere percepibile all'esterno, ai soggetti nella cui sfera il provvedimento va a incidere.

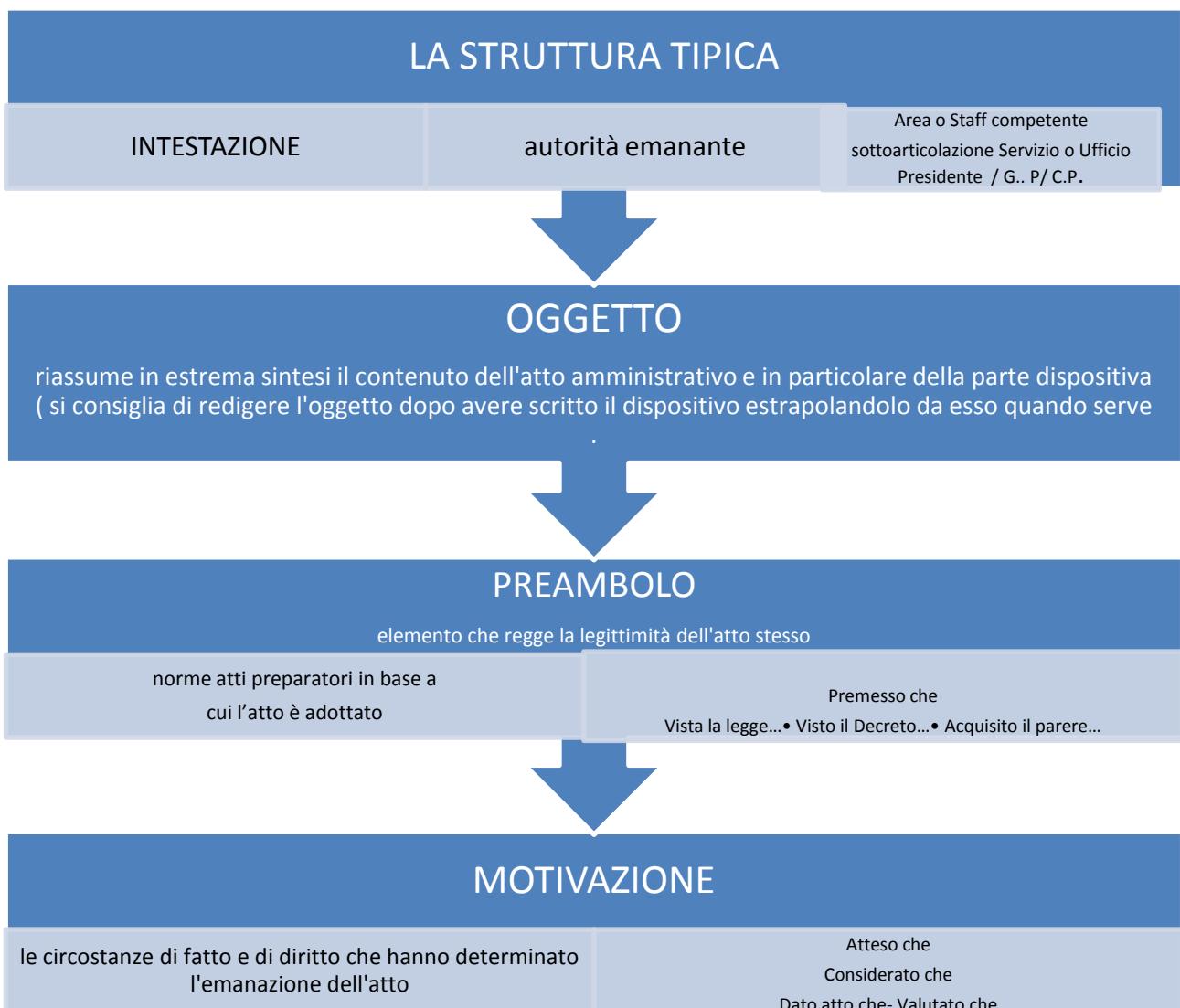
Giurisprudenza e dottrina prevalenti hanno peraltro sottolineato una sorta di polifunzionalità della motivazione, che assolverebbe a una funzione di garanzia del privato nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione, ma che andrebbe soprattutto riconosciuta come fondamentale strumento per l'interpretazione e il controllo sull'esercizio del potere amministrativo, nonché per l'accertamento giudiziale dell'atto conseguente.

Su questo sentiero sembra del resto muoversi la stessa interpretazione comunitaria, secondo cui l'obbligo di motivazione risponderebbe alla duplice esigenza di consentire da un lato, agli interessati, di conoscere le giustificazioni del provvedimento adottato, e quindi di difendere i propri diritti, e, dall'altro, di rendere possibile al giudice l'esercizio del suo sindacato sulla legittimità del provvedimento stesso.

Pertanto alla luce di quanto disposto dall'art. 3 della L. n. 241/1990, deve ritenersi invalido per **violazione di legge** l'atto amministrativo **s fornito di motivazione** ovvero l'atto amministrativo che **non esprima** compiutamente i **presupposti di fatto e le ragioni giuridiche** alla base dell'atto, ovvero che **non indichi l'atto** cui fa **riferimento per la motivazione** o che non lo renda disponibile.

E' illegittimo per **eccesso di potere**, invece, l'atto la cui motivazione sia **perplessa, contraddittoria, incongrua e/o illogica**.

Gli elementi minimi essenziali della Struttura tipica su cui uniformare i provvedimenti amministrativi possono sintetizzarsi come seguono :





Tutti questi elementi sono costitutivi il che vuol dire: essenziali e indispensabili.

Se un atto amministrativo non ha uno di questi elementi, manca di base e può essere *annullato*, o addirittura riconosciuto *nullo*, cioè come se non fosse mai *esistito*.

A tal fine si richiama in sintesi l'attenzione sui vizi che possono invalidare l'atto amministrativo :

l'incompetenza (sussiste quando una autorità abbia emanato un provvedimento al di là dei poteri ad essa assegnati sconfinando nell'ambito dei poteri conferiti ad un'altra autorità amministrativa);

l'eccesso di potere (sussiste tutte le volte in cui l'atto amministrativo presenta una deviazione dalla sua finalità istituzionale, è un vizio della funzione, riguarda il non corretto esercizio del potere discrezionale);

la violazione di legge (contrasto tra l'atto e la norma, sia essa primaria (le leggi) che secondaria (i regolamenti)).

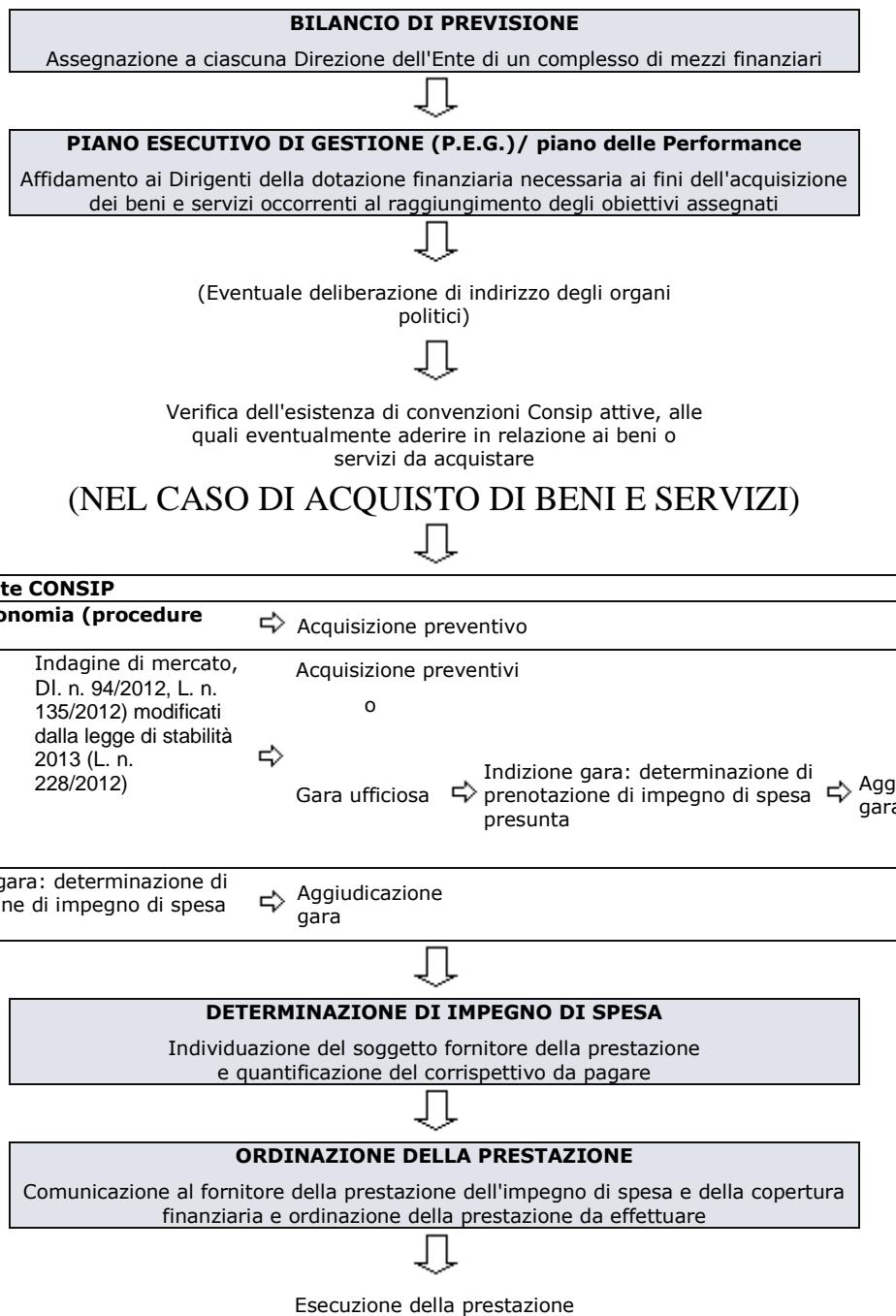
I profili contabili nell'atto amministrativo

L'atto amministrativo può avere riflessi diretti o indiretti sugli aspetti contabili .

Ciò implica la necessità di assumere l'impegno attraverso la procedura di acquisizione dell'impegno nell'ambito delle disponibilità assegnate dal Bilancio di competenza .

L'atto che impegna la spesa senza attestazione di copertura finanziaria soggiace alla nullità dell'atto "tamquam non esset" con responsabilità diretta su costoro che lo hanno posto in essere .

Le fasi e gli atti del procedimento di spesa





Com'è noto, ai sensi dell'art.183 comma 1 t.u.e.l., l'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa, con la quale, a seguito di obbligazione giuridicamente perfezionata, è determinate la somma da pagare, determinato il soggetto creditore, indicata la ragione e viene costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata ai sensi dell'art.151.

L'impegno è un atto unilaterale della pubblica amministrazione di accantonamento e destinazione di somme per l'erogazione di una determinata spesa.

Il procedimento di spesa annovera l'impegno quale prima e cruciale fase di gestione, nella quale si realizza un'obbligazione giuridicamente perfetta.

La relazione impegno – vinculum juris si pone, pertanto, in termini di necessaria correlatività. In particolare l'obbligazione costituita rileva al fine dell'individuazione dei componenti indefettibili l'impegno e segnatamente:

1) la somma da pagare (quantum); 2) il soggetto creditore; 3) la ragione del debito; 4) il vincolo costituito sullo stanziamento di bilancio.

La legittimità dell'impegno non è però assicurata dalla mera presenza degli elementi sopra citati, precisando sul punto la Corte dei Conti che occorre un quid pluris riferibile al collegamento con una norma sostanziale. La spesa pubblica – osserva il Giudice Contabile - si caratterizza in base alla presenza di due elementi, la finalizzazione e la funzionalizzazione alla cura di un pubblico

interesse affidato all'ente locale e apprezzato in sede legislativa ovvero regolamentare; lo stanziamento determina in concreto la misura entro la quale l'interesse va perseguito ed in definitiva da questo dipende, ancorché i modi ed i mezzi per la finalizzazione non siano esplicitati in atti normativi e debbano perciò essere desunti dalle norme che attribuiscono all'amministrazione le finalità pubbliche.

L'impegno legittimo nei modi sopra indicati non è ancora esecutivo; oltre che l'individuazione degli elementi necessari ed il collegamento con una norma di legge o regolamento, è indispensabile che all'atto s'accompagni l'attestazione da parte del responsabile del servizio economico - finanziario circa la copertura finanziaria dell'impegno stesso sub specie di capienza del relativo intervento di bilancio.

L'art. 153 comma 5 T.u.e.l. prevede, infatti, che il regolamento di contabilità disciplina le modalità con le quali vengono resi i **pareri di regolarità contabile** sulle proposte di deliberazione ed apposto il **visto di regolarità contabile** sulle determinazioni dei soggetti abilitati. Il responsabile del servizio finanziario effettua le attestazioni di copertura della spesa in relazione alle disponibilità effettive esistenti negli stanziamenti di spesa e, quando occorre, in relazione allo stato di realizzazione degli accertamenti di entrata vincolata secondo quanto previsto dal regolamento di contabilità.

La modifica introdotta all'art. 49 del TUEL dalla normativa sui controlli DI174 conv L 213/2012 comporta un ampliamento dei casi in cui è necessario il **parere di regolarità contabile, con l'assegnazione al responsabile di ragioneria di un ruolo centrale nella tutela degli equilibri di bilancio dell'ente**. Tale interpretazione è rafforzata dall'introduzione del comma 4 che, ferma rimanendo la valenza non vincolante del parere, ha significativamente previsto un onere di motivazione specifica del provvedimento approvato in difformità dal parere contrario reso dai responsabili dei servizi.

La Corte dei Conti la nuova formulazione dell'art. 49 consente di ritenere che nel concetto di "riflessi diretti" siano ricompresi certamente gli effetti finanziari già descritti nella disposizione previgente ("impegno di spesa o diminuzione di entrata"), ma anche le variazioni economico-patrimoniali conseguenti all'attuazione della deliberazione proposta.

La notazione ci permette di sottolineare due considerazioni:

- la prima riferita alla necessità che qualsivoglia atto d'impegno debba essere corredata da apposita attestazione quale condizione d'efficacia del provvedimento;
- la seconda che l'impegno di spesa, trova il suo contenitore giuridico principale nella determina dirigenziale.

Fin qui si è provveduto a definire l'impegno anche in rapporto alle fasi di gestione del bilancio e della spesa; occorre, a questo punto della trattazione, coordinare la nozione di impegno con gli atti di impegno e a tale scopo discernere **l'impegno "giuridico"** e **l'impegno "contabile"**. In altri termini il rapporto tra l'atto d'impegno e l'atto comportante la spesa diviene fondamentale alla luce delle previsioni dettate dal testo unico in materia.

Con riferimento **all'impegno giuridico** (idoneo a vincolare l'amministrazione in forza di un'obbligazione completa di tutti i suoi elementi), al provvedimento comportante la spesa accede un atto interno sub specie di ordine impartito agli uffici contabili di imputare la spesa de qua al relativo capitolo di bilancio.

L'impegno giuridico è, in definitiva, l'effetto spiegato da leggi, fatti e atti idonei a comportare l'assunzione di un'obbligazione e perciò a generare un impegno di spesa; diversamente, l'impegno contabile è un atto autonomo (accessivo o separato dal provvedimento) atto a garantire la copertura finanziaria in ordine all'impegno contratto.

L'art.191 comma 1 T.U.E.L. dispone che (...) il responsabile del servizio, conseguita l'esecutività del provvedimento di spesa comunica al terzo interessato l'impegno e la copertura finanziaria, contestualmente all'ordinazione della prestazione, con l'avvertenza che la successiva fattura deve essere completata con gli estremi della suddetta comunicazione (...)

La previsione richiamata segnala un importante spunto di riflessione: il terzo, destinatario della comunicazione, prende cognizione sia dell'impegno sia della copertura finanziaria, in mancanza della quale può legittimamente rifiutarsi di eseguire la prestazione sino a successiva integrazione dei dati (così conclude il comma 1, art.191 T.U.E.L.).

Tutto ciò appare nella realtà teorico giacchè le prassi spesso disattendono detto preceitto che se rispettato eviterebbe il determinarsi di certi debiti fuori bilancio ,

Al riguardo un breve cenno va al debito fuori bilancio che viene definito come un'obbligazione assunta al di là degli stanziamenti del bilancio di previsione, ovvero che si sarebbe potuta assumere a termini di autorizzazione del bilancio preventivo, e che tuttavia non è stata assunta ritualmente sotto il profilo del diritto amministrativo e dell'ordinamento giuscontabile in particolare.

In altri termini è l'ipotesi delle obbligazioni assunte o comunque sorte senza far luogo a regolare impegno e senza tramutarsi successivamente in residuo passivo.

In linea con tale ragionamento, la Corte dei Conti, ha precisato che sono debiti fuori bilancio quegli impegni effettivamente tali in senso giuridico, ma non contabile, quali gli atti che espongono il comune ad azione giudiziaria vittoriosa del creditore. Ecco, dunque che rivive la distinzione impegno giuridico – impegno contabile nella forma patologica della spesa non preceduta da impegno; rilievo di sicuro impatto per gli agenti contabili in genere, chiamati ad ottemperare sul piano pratico agli adempimenti desunti dalla legge.

L'impegno giuridico si configura in presenza di un'obbligazione ossia l'impegno può sorgere in base: alla legge, ad atti giudiziali, contratti ed atti amministrativi.

Le "determinazioni" rappresentano, alla luce del disposto normativo, l'espressione autentica degli organi gestionali in ordine all'assunzione di un impegno di spesa. Tra queste la legge contempla le determinazioni a contrattare (art.192 T.U.E.L.) note nel previgente regime come deliberazioni a contrattare.

Con la distinzione tra competenze gestionali e di indirizzo politico La "determinazione a contrattare" è atto di gestione, di competenza del responsabile del procedimento di spesa, che segue alla deliberazione di giunta, espressione del potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo (art.107 comma 1) ; sono i dirigenti che devono attuare gli obiettivi ed i programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dalla giunta e sono loro, in particolare, ad assumere le responsabilità delle procedure d'appalto.

Il contenuto dell'atto, invariato stante lo spostamento di competenza, prevede la necessaria ricorrenza dei requisiti di legge e segnatamente: il fine e l'oggetto del contratto, le modalità di scelta del contraente come disciplinate a livello statale e sovranazionale.

Con la determinazione a contrattare si pone inoltre la **prenotazione di spesa**, consistente in un vincolo provvisorio destinato a tramutarsi in impegno definitivo a seguito dell'adozione della determina di aggiudicazione.

Orbene, a fronte di uscite legittime da un provvedimento ad hoc, l'ordinamento prevede una categoria di spese fisse e ricorrenti, che superano la necessità di un previo atto d'assunzione

d'impegno. **Art. 183 comma 2: Con l'approvazione del bilancio e successive variazioni, e senza la necessità di ulteriori atti, è costituito impegno sui relativi stanziamenti per le spese dovute:**

- a) per il trattamento economico – tabellare già attribuito al personale dipendente ed i relativi oneri riflessi;
- b) per le rate di ammortamento dei mutui e dei prestiti, interessi di preammortamento ed ulteriori oneri accessori;
- c) per le spese dovute nell'esercizio in base a contratti o disposizioni di legge.

Gli impegni automatici **escludono l'esercizio del potere discrezionale** degli organi amministrativi e si intendono assunti con la mera approvazione del bilancio, senza far ricorso ad ulteriori atti: trattasi di spese corredate già di tutti gli elementi necessari.

Altresì, ai sensi dell'art.183 comma 5, si considerano impegnate le spese in conto capitale per il corrispondente ammontare del finanziamento derivante dalle modalità prescritte dalla legge. L'automaticità dell'impegno risponde a duplice esigenza: l'utilizzo dell'entrata per la destinazione cui è vincolato e l'esigenza di salvaguardare procedimenti di spesa che non possono essere conclusi entro il termine dell'esercizio finanziario di competenza.

Del pari non soggetti a previa adozione di atti autorizzativi di spesa, i c.d. impegni impropri, consistenti in spese atte a garantire il regime del vincolo di destinazione o di scopo delle entrate accertate in base alle norme dell'ordinamento contabile e finanziario.

Infine, a mente della valenza pluriennale del bilancio , gli impegni pluriennali si assumono nei limiti dello stanziamento di ogni singolo intervento iscritto nel bilancio pluriennale.

Notazione separata riguarda gli **impegni di massima**. La prassi rassegna il caso di impegni assunti in difetto di una obbligazione giuridicamente perfezionatasi; in questi casi, il vincolo contratto non ha rilevanza esterna ma si intende assunto per un futuro impegno .

Il diverso atteggiarsi dell'impegno di spesa corrisponde perfettamente alle esigenze manifestate dagli enti locali nel corso del tempo, cui il legislatore ha tentato di dare risposta attraverso le disposizioni previste nel capo II del Titolo III del Testo Unico. Da un'attenta analisi della norma di cui all'art.183 T.U.E.L. è possibile desumere le tipologie di impegno presenti a

livello ordinamentale, sebbene la disposizione de qua rinunci ad esplicitare le categorie entro cui l'impegno va a specificarsi.

Ciò posto, si danno le seguenti tipologie:

- a) impegni definitivi;
- b) impegni provvisori;
- c) impegni latenti;
- d) impegni ultra annuali.

Con riguardo agli **impegni definitivi** è sufficiente riferire - in merito - che si tratta di impegni perfettamente sovrapponibili agli impegni giuridici, di cui in precedenza si è detto; seguono un provvedimento amministrativo definitivo e possono essere revocati solo con atto formale, data la natura definitiva del vincolo impresso.

Nulla quaestio per gli impegni ultra annuali, ricadenti su spese ripartite nell'arco di più esercizi finanziari.

Gli **impegni latenti** rappresentano, poi, una serie di casi tra loro eterogenei e per esempio: residui passivi eliminati e poi reiscritti a seguito di richiesta del creditore; impegni annotati in via presuntiva non corrispondenti al finale e definitivo impegno etc. etc.

Interessante è la categorie degli impegni provvisori sub specie di prenotazione d'impegno:

Art.183 comma 3 T.u.e.l.: Durante la gestione possono anche essere prenotati impegni relativi a procedure in via di espletamento.

I provvedimenti relativi per i quali entro il termine dell'esercizio non è stata assunta dall'ente obbligazione di spesa verso i terzi **decadono e costituiscono economia** della previsione di bilancio alla quale erano riferiti, concorrendo alla determinazione del risultato contabile di amministrazione di cui all'art.186.

Quando la prenotazione di impegno è riferita a procedure di gara bandite prima della fine dell'esercizio e non concluse entro tale termine, la prenotazione si tramuta in impegno e conservano validità gli atti ed i provvedimenti relativi alla gara già adottati.

Come sopra considerato, l'impegno definitivo vincola irrevocabilmente una data somma all'obbligazione sottesa, ponendo l'obbligo di pagare a carico dell'ente; diversamente, l'impegno provvisorio si configura quale impegno in via di formazione, attenendo ad atti e procedimenti non ancora ultimati.

Anche l'impegno provvisorio però, pone il vincolo sul relativo stanziamento e da tale assunto ne discende un comune effetto: i responsabili del procedimento di spesa sono tenuti a comunicare al servizio economico – finanziario tutti i provvedimenti dai quali scaturiscano impegni di spesa, siano essi definitivi ovvero provvisori; ciò al fine di annotare nelle scritture contabili l'eventuale prenotazione, che contabilmente si avvera in sede separata dagli impegni definitivi.

La prenotazione è un istituto amministrativo-contabile la cui ratio risponde all'avvertita esigenza di gestire procedure di spesa che non si esauriscono nell'arco di un unico esercizio finanziario, ma che richiedono tutt'altro un più lungo tempus di perfezionamento. Il legislatore, all'art.183 comma 3 T.U.E.L. pone la regola generale in virtù della quale decadono i provvedimenti rispetto a cui, entro il termine dell'esercizio, non è stata assunta obbligazione di spesa, ma se la prenotazione d'impegno è riferita a procedure di gara bandite e non concluse entro la fine dell'esercizio finanziario di riferimento, la prenotazione si tramuta in impegno e conservano validità gli atti adottati e relativi alla gara.

In gergo contabile la prenotazione è riconducibile ad un impegno latente in senso tecnico, derogatorio della regola di cui all'art.183 comma 1 T.U.E.L. e giustificato dalla necessità di evitare la caducazione di provvedimenti relativi a gare indette e non concluse entro l'anno, con la conseguenza di ripetere a nuovo esercizio, tutta la procedura d'appalto.

La prenotazione è atto a valenza interna, idoneo per l'apposizione di un vincolo provvisorio in difetto di un'obbligazione giuridicamente perfezionatasi.

Il provvedimento amministrativo contenente la prenotazione della spesa è la determinazione a contrattare, atto di indizione della gara; contabilmente la prenotazione si tramuta in impegno sullo stanziamento a seguito di approvazione della determina di aggiudicazione.

Nel caso in cui la prenotazione d'impegno non sia seguita dal bando di gara, entro il termine dell'esercizio finanziario, questa decade e la somma relativa costituisce economia.

Invero è altresì concesso agli enti locali, secondo quanto previsto dal secondo principio contabile (al punto 54), di imputare la prenotazione d'impegno sull'esercizio nel quale sarà prevedibilmente conclusa la gara, annotando l'onere nel bilancio pluriennale. In tal misura si è legittimata la prassi, inaugurata prima dell'entrata in vigore delle norme in materia di prenotazione d'impegni, in forza della quale le amministrazioni pubbliche, supportate da ragioni di economia, assumevano la prenotazione a valere direttamente sull'esercizio futuro, scongiurando di tal guisa il pericolo della formazione di residui "impropri".

Rimedi da parte della P.A. all'invalidità o irregolarità dell'atto amministrativo : I VIZI DEL PROVVEDIMENTO

Parlare di vizi del provvedimento amministrativo significa esaminare i casi in cui un provvedimento è stato emanato dalla P.A. in modo difforme rispetto al modello delineato dalla legge per la sua adozione.

È, dunque, viziato il provvedimento adottato in violazione di una o più delle norme di legge (legge da intendersi in senso lato), che configurano lo schema che la P.A. era tenuta a seguire per l'emanazione di quel provvedimento.

Ora, **da un punto di vista generale**, la difformità del provvedimento prende il nome di **invalidità**: il provvedimento difforme dal modello disegnato dalla legge per la sua adozione è, dunque, da un punto di vista generale, un provvedimento invalido.

Ma l'invalidità, essendo appunto una figura generale, comprende al suo interno diverse situazioni di difformità del provvedimento dal paradigma normativo, nel senso che a seconda del tipo di difformità (cioè del tipo di vizio) che inficia il provvedimento, quest'ultimo può essere nullo o annullabile (illegittimo).

All'interno della categoria generale della invalidità bisogna quindi distinguere i casi di nullità da quelli di illegittimità-annullabilità, dal momento che le conseguenze sono diverse.

Schematizzando:

NULLITA assenza di effetti (ergo impossibilità di esecuzione), rilevabilità d'ufficio e in qualunque tempo del vizio, insanabilità (impossibilità di convalida), impossibilità o meglio inutilità di rimedi caducatori (annullamento in via di autotutela/revoca), possibilità di conversione dell'atto.

ANNULLABILITÀ produzione di effetti (sia pur precari), rilevabilità solo su eccezione di parte ed entro un termine di decadenza, possibilità di sanatoria (oltreché in virtù della mancata impugnazione entro il termine di 60 gg) mediante convalida, possibilità di annullamento in via di autotutela.'

Come operare la distinzione tra provvedimento amministrativo nullo ed il provvedimento amministrativo annullabile .

La legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo non conteneva, all'epoca della sua redazione, una chiara ed apposita specificazione dei casi di nullità e di annullabilità del provvedimento.

Di conseguenza, era toccato a dottrina e giurisprudenza il compito di individuare e distinguere in via interpretativa, alla luce dell'intero ordinamento, le ipotesi in cui il provvedimento viziato dovesse considerarsi nullo da quelle in cui, invece, il vizio del provvedimento fosse da ricondursi alla categoria della illegittimità-annullabilità.

Solo con la riforma operata dalla legge n. 15/2005 è stato inserito, all'interno della legge n.241/1990, un capo IV-bis, intitolato "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso", ove si disciplinano espressamente, le ipotesi di nullità (art. 21 *septies*) e di annullabilità (art. 21 *octies*) del provvedimento amministrativo.

Tale intervento riformatore è stato, peraltro, essenzialmente ricognitivo dei risultati cui erano pervenute in precedenza dottrina e giurisprudenza, alle quali conviene pertanto riportarsi, sia pur brevemente, per comprendere l'esatto significato delle nuove disposizioni introdotte nel corpo della legge n. 241/1990.

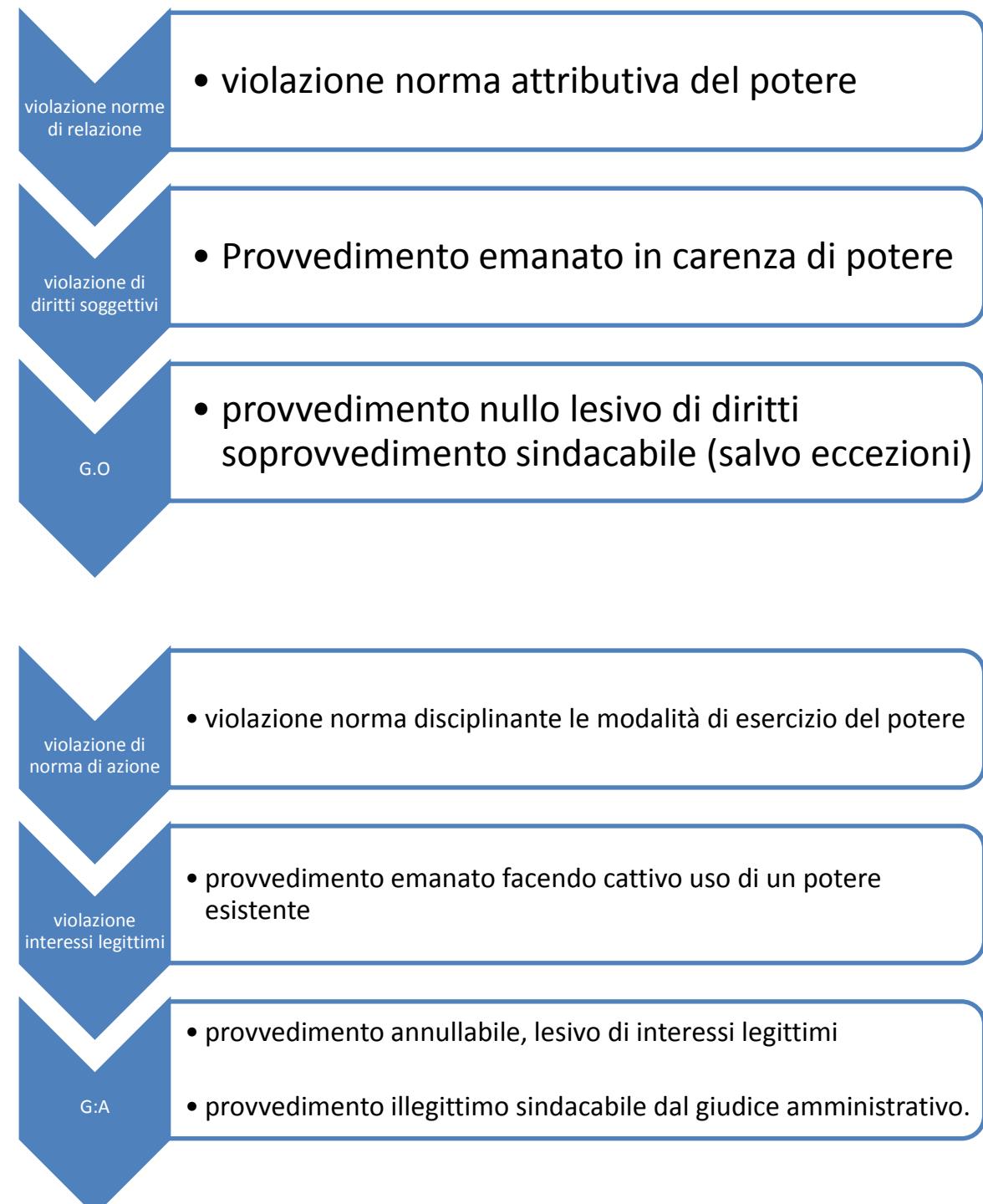
Ora, il criterio utilizzato *ante riforma* da dottrina e giurisprudenza era quello di distinguere a

seconda che il vizio si concretasse nella **violazione** di una **norma c.d. di relazione (implicante la nullità del provvedimento)** ovvero nella **violazione** di una **norma c.d. di azione (comportante l'illegittimità-annullabilità** del provvedimento), il che consentiva di individuare in modo diverso il giudice (ordinario o amministrativo) competente a conoscere della violazione e a rimuovere il vizio, essendo in linea di principio il primo (Ago) deputato alla tutela dei diritti soggettivi ed il secondo (Tar-Cons. Stato) preposto alla tutela degli interessi legittimi.

Non ci soffermiamo sugli aspetti più specifici che riserviamo ad approfondimenti in altre sedi.

In sintesi :

Con la riforma introdotta dalla L.15 /2005, quando la P.A. viola norme c.d. di relazione agisce in carenza di potere e lede diritti soggettivi; viceversa, quando viola norme c.d. di azione, essa agisce facendo cattivo esercizio di un potere esistente (in quanto attribuito da una norma di relazione in ipotesi non violata) e lede interessi legittimi. **Lo schema rispetto alle ipotesi di nullità va integrato come segue**



I VIZI CHE DETERMINANO L'ILLEGITTIMITÀ / ANNULLABILITÀ

Partendo da questi presupposti, i **vizi** che determinavano (e determinano) l'**illegittimità annullabilità** del provvedimento sono oggi menzionati dall'art. 29 del Codice del nuovo processo amministrativo) sono:

A) L'INCOMPETENZA

È un vizio che consegue alla violazione della norma di azione che definisce la competenza dell'organo che ha emanato il provvedimento, cioè il *quantum* di funzioni ad esso spettante. L'incompetenza può avversi per materia, per valore, per grado o per territorio.

È bene, peraltro, precisare che qui si fa riferimento all'incompetenza c.d. relativa, nel senso che il provvedimento è emanato da un organo diverso da quello deputato dalla legge, ma pur sempre facente parte del medesimo ente o plesso amministrativo cui compete il potere (ad es. atto gestionale di competenza del dirigente viene assunto dall'organo politico).

Si ha invece incompetenza c.d. assoluta (o straripamento di potere) implicante nullità del provvedimento, quando quest'ultimo sia emanato da parte di un ente diverso da quello cui la legge attribuisce il relativo potere (ad es. certificato antimafia rilasciato dal Sindaco /Presidente anziché dal Prefetto).

B) VIOLAZIONE DI LEGGE

Tale vizio sussiste tutte le volte in cui si violi una norma di azione che non attenga alla competenza ed in questo senso è quindi un vizio residuale. Tutte le volte in cui la P.A. non rispetti una disposizione di legge (da intendersi in senso lato) che disciplina l'azione amministrativa e non riguardi la competenza o non determini una mera irregolarità, essa incorre dunque nel vizio della violazione di legge che rende il provvedimento annullabile dal giudice amministrativo. Si pensi, ad es., alle violazioni procedurali, alle violazione di forma non essenziali, alla violazione delle norme che impongono il coinvolgimento dei privati interessati dall'azione amministrativa, alla violazione delle norme che regolano la formazione della volontà di organi collegiali, etc.

C) ECCESSO DI POTERE

Si tratta del vizio che rappresenta il risvolto patologico della discrezionalità amministrativa. Bisogna, infatti, considerare che le norme di azione talvolta regolano per intero lo svolgimento dell'azione amministrativa, che risulta quindi vincolata (accertata la sussistenza o meno di certi presupposti, la decisione consegue automaticamente: ad. es iscrizione ad albi). In altri casi, invece,

esistono degli spazi non espressamente disciplinati dalla legge, sia per quanto concerne l'*iter* procedimentale da seguire, sia soprattutto per quanto riguarda il contenuto del provvedimento (redazione di un bando di concorso), che vengono così affidati alle decisioni autonome della P.A. precedente (c.d. **discrezionalità amministrativa pura**).

Senonché, in questi spazi liberi, non regolamentati dalla legge, l'azione amministrativa non è arbitraria (non può cioè effettuarsi a esclusivo piacimento della P.A. precedente), ma è, appunto, discrezionale, cioè vincolata ad un fine.

Tale fine è, ovviamente, **l'interesse pubblico**, in vista del quale viene conferito alla P.A. il potere di agire e di provvedere ed il suo conseguimento, mancando il riferimento costituito dalle norme di azione, deve essere valutato in base al principio di logicità-congruità applicato al caso concreto.

Ciò significa, in altri termini, che la scelta discrezionale dell'amministrazione deve apparire logica e congrua nel caso concreto, tenendo conto dell'interesse pubblico perseguito, degli interessi secondari coinvolti e della misura del sacrificio ad essi arrecato secondo un criterio di proporzionalità.

L'insieme delle soluzioni ipotizzabili nel caso concreto, che siano compatibili col principio di logicità-congruità, costituisce il c.d. merito amministrativo che, in linea di principio, è sottratto al sindacato del giudice e attribuito alla libera determinazione della P.A. precedente (ad es. se il Comune, avendo a disposizione un'area pubblica, decide di costruirvi una scuola, piuttosto che un'emeroteca, piuttosto che un centro culturale, la sua scelta è, in linea di principio- salvo cioè casi di assoluta irragionevolezza- insindacabile; lo stesso nel caso in cui in un bando di concorso per titoli ed esami si decida di attribuire tot rilievo ai titoli e tot rilievo agli esiti delle prove d'esame, ovvero, trattandosi di realizzare un'opera pubblica mediante *project financing*, si decida che nel valutare i diversi progetti presentati si attribuiranno tot punti per le tariffe che il privato intende applicare agli utenti quando gestirà l'opera, tot punti al valore estetico e tecnologico dell'opera, tot punti in base alla funzionalità, fruibilità, accessibilità al pubblico, etc. etc.).

Viceversa, se la scelta discrezionale adottata nel caso concreto non si concilia col principio di logicità-congruità e con quello di proporzionalità, essa (e il provvedimento che ne scaturisce) risulta viziata da **eccesso di potere**.

L'eccesso di potere è, insomma, il vizio che inficia il provvedimento quando l'amministrazione fa cattivo uso del suo potere discrezionale, perché prende una decisione non logica o non congrua nel caso concreto, nel senso che non persegue l'interesse pubblico affidato alla sua cura: esempio classico è il c.d. **sviamento di potere** che si ha quando la P.A. persegua un fine differente

da quello per il quale il potere le è stato conferito (ad es. elevazione di contravvenzioni agli automobilisti per contrastare fenomeno prostituzione; trasferimento d'ufficio per allontanare un dipendente colpevole di illeciti disciplinari in luogo dell'attivazione della procedura disciplinare) oppure, ed è questo il caso più frequente, lo persegue ma con inutile (o eccessivo) sacrificio degli altri interessi secondari (pubblici e privati) coinvolti dall'azione amministrativa: ad es., per realizzare una strada nell'interesse pubblico alla (ad una maggiore) viabilità, si dovrebbe scegliere il percorso che consenta di espropriare di meno e/o di preservare di più l'ambiente; ancora, può essere illegittimo un provvedimento di blocco del traffico allorché la misura adottata (ad es. divieto assoluto ed illimitato di circolazione nel centro abitato) sia sproporzionato rispetto al fine da perseguire (tutela dall'inquinamento), tenendo conto dei vari interessi implicati (residenti, commercianti etc.).

Naturalmente (e l'esempio da ultimo citato lo dimostra) non è sempre facile stabilire quando la scelta discrezionale della P.A. non possa dirsi logica e congrua nel caso concreto e sussista quindi il vizio di eccesso di potere.

Tuttavia, proprio per questa ragione, la giurisprudenza ha elaborato una serie di **figure sintomatiche dell'eccesso di potere**, le quali sono appunto il sintomo del non corretto esercizio del potere amministrativo in vista del suo fine.

È importante sottolineare che, trattandosi di sintomi, sarebbe comunque necessario controllare che a tali situazioni si accompagni una effettiva divergenza tra fine perseguito e fine prefissato. In realtà, la giurisprudenza tende a ritenere sufficiente la sussistenza del sintomo, senza svolgere indagini ulteriori, per annullare il provvedimento (cioè in sostanza inverte l'onere della prova). Si deve però rilevare che la manifestazione sintomatica potrebbe essere contraddetta da altri elementi che dimostrino la correttezza dell'azione amministrativa: **da questo punto di vista è dunque determinante la capacità della P.A. di giustificare, attraverso la motivazione del provvedimento, la conclusione raggiunta pur in presenza di una situazione che potrebbe apparire come sintomo di eccesso di potere.**

Ciò chiarito, **le principali figure sintomatiche** di creazione giurisprudenziale sono:

- **disparità di trattamento tra situazioni simili;**
- **travisamento dei fatti** (si assume a presupposto dell'agire una situazione che non sussiste in realtà o che comunque si presenta in modo differente da come è stata considerata);
- **incompletezza e difetto dell'istruttoria;**
- **inosservanza dei limiti, dei parametri di riferimento e dei criteri prefissati per lo**

svolgimento futuro dell'azione (es. tipico bando di concorso);

- contraddittorietà del provvedimento con precedenti atti/determinazioni amministrative;

- difetto di motivazione (da non confondersi con l'assenza totale di motivazione che configura violazione di legge *ex art. 3 l. n. 241/1990* o addirittura, secondo alcuni Autori, motivo di nullità del provvedimento, dal momento che la motivazione ne sarebbe elemento essenziale).

Vi rientrano le ipotesi di

· motivazione insufficiente (quella che non basta a giustificare la decisione)

· motivazione incongrua (quella che dà peso indebito ad alcuni profili ovvero ne sottovaluta altri)

· motivazione apodittica o dubbia/perplessa (quella che si richiama a fatti indimotivati o che si assumono come non certi o che comunque non consente di comprendere il ragionamento ad essa sottostante)

· motivazione contraddittoria (quella che si avvale di argomenti tra loro contrastanti)

· motivazione illogica (quella che non inferisce correttamente le conseguenze derivanti dalle premesse del ragionamento e dunque erra nello sviluppare i rapporti causa-effetto);

- violazione di circolari, ordini o istruzioni di servizio e della prassi amministrativa (cioè violazione di norme interne alla P.A.).

Come anticipato, la riforma del 2005 ha ripreso i risultati delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali anche in tema di illegittimità-annullabilità del provvedimento.

Infatti, l'**art. 21 octies** inserito nella legge n. 241/1990, sotto la rubrica “Annnullabilità del provvedimento”, così dispone:

“1. E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.”

Nell'**art. 21 octies** è stato, tuttavia, inserito anche un **secondo comma** che svaluta e rende irrilevante, in presenza di determinate circostanze, il vizio della violazione di legge quando questo consista nella “violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti” ovvero nella “mancata comunicazione dell'avvio del procedimento” (parte della giurisprudenza estende la disciplina anche alla mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza”).

Si stabilisce, infatti:

“2. 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.”

Si tratta, evidentemente, di una disposizione (di dubbia legittimità costituzionale ma si soprassiede sul punto) di favore per la P.A., nel senso che si considera irrilevante il mancato rispetto di certe norme di azione, quando la loro inosservanza non incida sul contenuto del provvedimento: se anche quelle norme fossero state osservate, dice cioè il Legislatore, la decisione finale della P.A. sarebbe stata identica a quella effettivamente adottata e ciò giustifica, in un'ottica di sostanza e di risultato, l'impossibilità di annullare un provvedimento che sarebbe stato comunque adottato negli stessi identici termini.

È, peraltro, necessario chiarire bene il significato e i limiti della norma in esame.

Cominciando dal **significato** dell'art. 21 *octies*, è necessario precisare che il suo obiettivo è quello di scoraggiare i privati dal proporre ricorso quando la ripetizione del procedimento si rivelerebbe “inutile”, perché porterebbe la P.A. ad identica decisione finale, mentre è da escludersi che la sua *ratio* sia, come potrebbe apparire a prima vista, quella di “autorizzare” la P.A. a non rispettare la legge.

Ciò si ricava dal fatto che l'irrilevanza del mancato rispetto delle norme menzionate dall'art. 21 *octies* è frutto di una valutazione da effettuarsi *ex post* (dopo l'emanazione del procedimento): ergo l'amministrazione non può sapere in anticipo se potrà impunemente sottrarsi al rispetto di quelle norme.

A ciò si aggiunga:

- 1) che l'onere della prova (circa il fatto che in assenza del vizio il provvedimento avrebbe avuto identico contenuto) è posto a carico della P.A., cui viene in sostanza consentita una sorta di motivazione postuma. [In alcune decisioni, per vero, si sancisce un'inversione dell'onere della prova, che viene posto a carico del privato quando il vizio lamentato consista nella mancata comunicazione di avvio del procedimento];
- 2) che l'assolvimento di tale onere nel caso di provvedimenti vincolati non può dirsi svuotato di significato per il semplice fatto che questi conseguono automaticamente

dall'accertamento di determinati presupposti. Può, infatti, capitare che tale accertamento sia frutto di una discrezionalità tecnica, che ricorre quando la P.A. compie appunto l'accertamento dei presupposti di un provvedimento e questi consistano in fatti complessi suscettibili di diverse valutazioni (ad es. pregio artistico di un bene, preparazione di un candidato, presupposto del pericolo o dell'urgenza, etc.). Orbene, quando ciò si verifica, conserva tutto il suo peso l'onere della prova in capo alla P.A.: dal momento che la violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti potrebbe aver inciso sulla scelta tecnicamente discrezionale della P.A., cioè sulla scelta di ritenere sussistenti o insussistenti quei presupposti, da cui scaturisce (in modo automatico, cioè appunto vincolato in senso positivo o negativo) il provvedimento, sarà necessario dimostrare che, in assenza di quella violazione, i presupposti sarebbero stati accertati nello stesso modo (come sussistenti o insussistenti) e quindi il provvedimento avrebbe avuto identico contenuto.

Venendo ai limiti della disposizione.

Innanzitutto, essa riguarda solo alcune (e dunque non qualsiasi) violazioni di legge: non, invece, l'incompetenza e l'eccesso di potere, che dunque rendono sempre annullabile il provvedimento, anche quando questo avrebbe avuto identico contenuto in assenza del vizio.

In secondo luogo, è necessario osservare che la portata dell'art. 21 *octies* è assai più rilevante quando l'azione della P.A. è di carattere vincolato. Esso distingue infatti due ipotesi:

- per quanto concerne il mancato rispetto di "norme sul procedimento o sulla forma degli atti" bisogna distinguere tra attività vincolata e attività discrezionale della P.A.: l'inosservanza di tali norme può infatti restare irrilevante (a seconda che vi sia o meno provvedimento con identico contenuto) solo rispetto all'attività vincolata della P.A.; rispetto all'attività discrezionale la violazione di "norme sul procedimento o sulla forma degli atti" è invece rilevante sempre (anche nel caso di provvedimento con identico contenuto);

- viceversa, per quanto concerne la mancata comunicazione di avvio del procedimento non si distingue tra attività vincolata ed attività discrezionale: tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, il mancato rispetto della norma che impone di comunicare l'avvio del procedimento non consente di annullare il provvedimento di identico contenuto a quello che sarebbe stato adottato a seguito della sua osservanza.

Detto in altri termini:

- quando si tratta di attività discrezionale, il fatto che si sia pervenuti ad un provvedimento di contenuto identico a quello che avrebbe caratterizzato il provvedimento adottato nel rispetto

della legge consente di non annullare il provvedimento medesimo solo per il vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento;

- quando si tratta di attività vincolata, analoga non-annullabilità del provvedimento di identico contenuto si ha anche nel caso di violazione di norme procedurali e/o di forma.

Si deve, peraltro, sottolineare che le applicazioni giurisprudenziali dell'articolo in esame non appaiono sempre conformi al dettato normativo, soprattutto perché tendono ad ampliarne i limiti, ad ampliare, cioè, la gamma dei **“vizi irrilevanti”**. In particolare:

1) Un'isolata pronuncia addirittura estende *sic et simpliciter* l'irrilevanza del mancato rispetto di norme sul procedimento o sulla forma degli atti anche all'attività discrezionale della P.A. (sempre, ovviamente, a condizione che si dimostri che il provvedimento avrebbe avuto contenuto identico);

2) Alcune decisioni equiparano alla mancata comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 l. 241/1990), sotto il profilo dell'irrilevanza del vizio in presenza di provvedimento con identico contenuto, la mancata comunicazione dei **motivi ostativi** all'accoglimento dell'istanza (art. 10 *bis* l. 241/1990);

3) Alcune decisioni considerano vizio formale (irrilevante ove provvedimento sia di carattere vincolato e non avrebbe potuto avere contenuto diverso) anche il difetto di **motivazione** (in realtà, anche quando l'attività è vincolata l'amministrazione dovrebbe dirmi perché ritiene sussistenti o insussistenti certi presupposti e, d'altra parte, il difetto di motivazione integra il vizio dell'eccesso di potere e non della violazione di legge).

Ad ogni modo, se è vero che la citata giurisprudenza tende ad ampliare il novero dei **“vizi irrilevanti”**, è anche vero che non si tratta di giurisprudenza pacifica (con ogni evidente conseguenza).

Quali rimedi in sintesi è possibile porre in essere :

RIMOZIONE DELL'ATTO

<p>- ANNULLAMENTO: in caso di vizi di <u>illegittimità</u>, purché sussista un interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo.</p> <p>Eliminazione dell'atto operante <i>ex tunc</i>.</p> <p>Possibilità di annullamento d'ufficio da parte della stessa autorità che emise l'atto viziato, oppure, nei casi previsti dalla legge, di annullamento governativo o annullamento gerarchico.</p>	<p>- REVOCA: in caso di vizi di <u>merito</u>, purché sussista un interesse pubblico alla rimozione dell'atto.</p> <p>Eliminazione dell'atto operante <i>ex nunc</i>.</p>
---	--

MODIFICAZIONE DELL'ATTO

<p>- MODIFICA: possibilità di correzione dell'atto mediante sostituzione della parte viziata di esso.</p>	<p>- RIFORMA: possibilità di correzione dell'atto mediante integrazione di elementi aggiuntivi.</p>	<p>- RETTIFICA: possibilità di correzione delle parti dell'atto inficate da errori materiali o ostantivi.</p>
--	--	--

CONSERVAZIONE DELL'ATTO

<p>- CONVALIDA: possibilità, da parte dell'autorità che</p>	<p>- RATIFICA: possibilità, da parte dell'autorità</p>	<p>- CONFERMA: possibilità da parte dell'autorità che</p>	<p>- CONVERSIONE: possibilità di mutare il</p>
--	---	--	---

emise l'atto viziato da illegittimità, di adozione di un nuovo atto che rimuova l'illegittimità del primo.	competente all'emanazione, di far proprio un atto adottato in via provvisoria da altra autorità competente.	emise l'atto originario, di rinnovarlo o di riprodurne gli elementi non viziati.	contenuto dell'atto viziato in quello di un altro tipo di atto non viziato, avente gli idonei requisiti di sostanza e forma.
--	---	--	--

Attraverso le figure conservative si tende a rendere l'atto amministrativo inattaccabile dai ricorsi giurisdizionali, attraverso la cd. convalescenza dell'atto amministrativo l'Autorità amministrativa – nell'ambito del potere di autotutela adotta statuzioni volte a porre rimedio all'invalidità eventualmente riscontrata negli atti, eliminando il vizio che inficia gli stessi. Rientrano nel novero della cd. convalescenza dell'atto amministrativo la convalida, e la ratifica (vi è la sanatoria che esula dalla causa).

La convalida è una manifestazione di volontà emessa dalla stessa autorità amministrativa che ha emanato l'atto invalido intesa a eliminare il vizio che ha inficiato l'atto. La possibilità di convalida dell'atto annullabile è ora espressamente sancita dalla legge n. 15/05 di riforma della legge n.241/1990, laddove all'art. 21 nonies, comma 2, prevede la facoltà di convalidare il provvedimento annullabile, alla presenza di ragioni di pubblico interesse ed entro un termine ragionevole.

La convalida amministrativa non esclude la possibilità di ritiro da parte della P.A. della stessa convalida per esigenze prioritarie di interesse pubblico e in tal caso, l'eventuale annullamento dell'atto di convalida non determina anche l'annullamento dell'atto convalidato.

La ratifica è invece una species del genus della convalida e consiste nel sanare l'atto viziato da incompetenza relativa, in quanto l'incompetenza assoluta comporta la nullità totale dell'atto come adottato. La ratifica si sostanzia nell'appropriazione di un atto emesso da un organo incompetente da parte dell'organo competente.

SOSPENSIONE DELL'ATTO

- Possibilità di sospensione temporanea dell'efficacia dell'atto.