

Omessa sottoscrizione e nullità dell'atto

di Roberta Perrella

Tar Puglia - sede di Lecce -sezione I- sentenza 14 aprile-12 maggio 2011 n. 825

(Pres. Cavallari; Rel. Lattanzi; Comune di Ginosa contro Commissario ad acta e altro)

Provvedimento amministrativo-Sottoscrizione-Mancanza-Nullità

Il provvedimento amministrativo privo della sottoscrizione è nullo per la carenza di uno degli elementi essenziali.

Con la sentenza n. 825 del 14 aprile-12 maggio 2011 il Tar Puglia si è occupato della nullità strutturale del provvedimento amministrativo. Giova premettere un breve *excursus* della fattispecie concreta, oggetto di esame. Un'amministrazione comunale impugnava, dinanzi al tribunale amministrativo competente, il provvedimento con cui il commissario ad acta, nominato per l'adempimento di una precedente pronuncia giurisdizionale, aveva ritenuto legittima l'applicazione della clausola revisionale secondo cui l'indice Istat di riferimento, concordato con la stazione appaltante per la determinazione degli incrementi revisionali, è quello dei prezzi dei prodotti industriali. Il Comune sollevava una serie di censure sia formali che sostanziali: in particolare che l'atto del commissario fosse nullo giacché privo di data, di sottoscrizione, di allegazione della nomina a commissario *ad acta*, per violazione del giudicato da eseguire.

La società controparte in seguito alle sudette censure si è costituita in giudizio, rilevando con memoria che la mancanza di sottoscrizione non era idonea a determinare la nullità del provvedimento perché non vi erano dubbi sulla paternità dell'atto, che, in merito al provvedimento di investitura del commissario ad acta, la nomina derivava dall'ordinanza del Tribunale adito, che il precedente commissario aveva stabilito che la tariffa doveva essere aggiornata al termine del periodo di ammortamento ma non si era occupato della questione relativa all'aggiornamento Istat.

La nullità del provvedimento amministrativo

Nel *genus* dell'invalidità, annullabilità e nullità sono *species* che si distinguono tra loro non in relazione alla sanabilità del vizio (esistono nullità sanabili e

annullabilità insanabili), bensì con riguardo al fatto che l'atto nasca o meno efficace¹.

A seguito dell'introduzione dell'articolo 21 *septies* in tema di nullità degli atti amministrativi l'area della nullità non è più interamente divisa tra inesistenza e annullabilità; l'area dell'invalidità formale e sostanziale non è più dominata dall'annullabilità. Fino al 2005 non sono mai stati sufficientemente definiti gli elementi essenziali dell'atto amministrativo e neppure è stata individuata la violazione di quali norme imperative determinasse la nullità e non l'annullabilità dell'atto collegata alla commissione di un fatto illecito².

Inoltre, non è mai stato chiarito se l'atto amministrativo nullo fosse sanabile e in che limiti; né è stato chiarito il suo regime di efficacia. Lo studio della letteratura e delle pronunzie giurisprudenziali dell'inizio del secolo scorso dimostrano come il problema della nullità dell'atto amministrativo, la sua collocazione teorica tra inesistenza e annullabilità, siano stati affrontati da prospettive dissimili e con un diverso approccio.

Da una parte la dottrina è sembrata in prevalenza attenta a distinguere le cause di nullità dell'atto rispetto a quelle di annullabilità definite dalla legge del 1889; dall'altra, la giurisprudenza è sembrata maggiormente attratta dalle conseguenze del fenomeno.

In secondo luogo, occorre riconoscere che la scienza giuridica è rimasta maggiormente coinvolta dalle suggestive e raffinate costruzioni civilistiche, in particolare la dottrina tedesca, che ha aperto spazi nuovi rispetto alla concezione unitaria dell'invalidità del codice del 1865, che non distingueva la nullità dall'annullabilità.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, invece, ha mantenuto un atteggiamento assai più cauto e pragmatico, essendo preoccupata di tenere fermi i presupposti della sua giurisdizione. Quella dei primi decenni del secolo scorso è stata una giurisprudenza meno interessata alla qualità del vizio e alle discussioni teoriche sugli elementi essenziali dell'atto amministrativo, e concentrata piuttosto sulla capacità dell'atto di degradare o meno le situazioni giuridiche individuali di diritto soggettivo³.

Bisogna distinguere gli autori maggiormente orientati ad un'applicazione forte delle teorie negoziali al diritto amministrativo e altri studiosi che, invece, hanno accolto le categorie civilistiche sull'atto e sulle sue patologie con maggiore cautela.

Negli studiosi più allineati al modello negoziale dell'atto amministrativo, l'atto privo degli elementi essenziali è inefficace, insanabile, resistibile da parte dell'individuo anche senza ricorso al giudice.

¹ R. TOMMASINI, *Nullità*, in Enc.dir, XXVIII, Milano, 1978, p. 870.

² M.TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2002; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004.

³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, II*, Milano, 1993, pp. 299-300.

Nell'opera di Lorenzo Meucci si avverte la forte visione negoziale che distingue i requisiti essenziali da quelli naturali e da quelli integrativi e di completamento⁴. L'autore distingue le nullità virtuali da quelle testuali, queste ultime circoscritte al caso della mancanza degli elementi essenziali, senza i quali l'atto non si può concepire come esistente. L'atto privo di forme essenziali è sanabile solo *ex nunc*. Anche il difetto degli elementi naturali comporta la nullità, la quale però non può essere sanata mediante conferma o ratifica, ma con la sola rinnovazione delle forme. Per quanto, invece, riguarda il difetto degli elementi integrativi, le conseguenze oscillano tra il regime della nullità e quello dell'annullabilità.

Enrico Presutti collega l'inesistenza alla mancanza di requisiti essenziali dell'atto, cioè alla manifestazione di volontà, all'esistenza di un oggetto certo e lecito, all'esistenza di una causa lecita⁵. Anche Oreste Ranelletti tratta della nullità come un'ipotesi cagionata dalla mancanza di elementi essenziali. La nullità è insanabile, non soggetta a prescrizione e del tutto inefficace, senza necessità che intervengano dichiarazioni giurisdizionali⁶.

Guido Zanobini, autorevole fautore dell'autonomia concettuale tra nullità e annullabilità dell'atto amministrativo, identifica la nullità nel difetto dei requisiti essenziali dell'atto⁷. In definitiva, questi autori teorizzano la nullità come una nozione concettualmente autonoma rispetto all'annullabilità; alla nullità riconoscono il caratteristico regime giuridico elaborato dalla tradizione civilistica dell'assoluta inefficacia e inesigibilità dell'atto.

Altri studiosi affrontano il tema della nullità e dei suoi effetti, senza tralasciare le speciali caratteristiche dell'agire amministrativo.

Tra questi autori Federico Cammeo⁸ traccia con maggiore lucidità il quadro dei rapporti tra nullità e inefficacia. Cammeo premette la descrizione delle caratteristiche tipiche della nullità, come identificate dalla teoria del diritto civile e processuale: inefficacia *ipso iure*, insanabilità, imprescrittibilità della relativa azione; tuttavia preavverte subito che questo schema non si adatta alle invalidità del diritto amministrativo. L'articolo 21 *septies* non afferma espressamente la regola dell'inefficacia primaria del provvedimento amministrativo nullo, in ogni caso tale regola è pacifica e può agevolmente desumersi. L'esecuzione del provvedimento nullo avviene, salvo talune rilevanti eccezioni, secondo i tradizionali modelli che governano l'esecuzione dei provvedimenti validi o annullabili. Il destinatario del provvedimento, seppure talvolta coinvolto nell'attività di esecuzione, comunque soggiace ad essa: o perché il provvedimento nullo si auto esegue, oppure perché l'attività di esecuzione è gestita unilateralmente dall'amministrazione. Unici ostacoli all'esecuzione del provvedimento sono la sospensione che l'amministrazione può adottare

⁴ L.MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1905, p. 572

⁵ E.PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1917, pp. 154-158

⁶ O.RANELETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 77

⁷ G.ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 302 e ss

⁸ F.CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 607 e ss

unilateralmente per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario in esercizio del potere di autotutela.

Il provvedimento amministrativo nullo è in grado di generare effetti indiretti.

Questi sono il prodotto della scissione tra l'inefficacia del provvedimento e la sua capacità di imporsi comunque nella realtà giuridica.

Il legislatore con l'articolo 21 *septies* ha predisposto una disciplina tutt'altro che esaustiva della nullità. Infatti, accanto ad alcuni elementi di sicura novità, all'interprete si offrono non poche difficoltà ricostruttive, sul piano sostanziale e processuale. I punti meno incerti della disciplina riguardano le cause di nullità del provvedimento che sono state elaborate avendo riguardo solo ai casi previsti dai commi 2 e 3 dell'articolo 1418 c.c e cioè la nullità per mancanza degli elementi essenziali dell'atto, nullità come sanzione per il compimento di illeciti e nullità testuali. Proprio la nullità testuale agli inizi degli anni '90 ha attirato l'attenzione del giudice amministrativo⁹.

Soprattutto negli ultimi decenni, il legislatore ha utilizzato più volte lo strumento della nullità testuale. Nessun richiamo viene fatto al primo comma dell'articolo 1418 c.c. per quel che riguarda, invece, il regime effettuale del provvedimento amministrativo nullo, la norma non fornisce risposte immediate alle tradizionali incertezze. Con la norma la nullità raggiunge l'autonomia rispetto alle categorie dell'inesistenza e dell'annullabilità.

La nullità strutturale¹⁰

Il riferimento operato dall'articolo 21 *septies* alla nullità per mancanza di elementi essenziali del provvedimento ha sancito l'ingresso della controversa categoria della nullità strutturale nell'ambito dell'invalidità amministrativa. L'assenza di una previsione analoga a quella dell'articolo 1325 c.c che stabilisca quali siano gli elementi essenziali del provvedimento è fonte di incertezze interpretative.

Per l'identificazione degli elementi essenziali del provvedimento, la cui mancanza dà luogo alla nullità, occorre dare luogo del dibattito sviluppatosi sul tema prima che entrasse in vigore la legge n. 15 del 2005.

Secondo un primo orientamento, che si rifaceva alla tesi negoziale, in mancanza di espressa previsione la disciplina di riferimento avrebbe dovuto rinvenirsi nel diritto civile, avendo riguardo, in particolare, ai requisiti previsti all'articolo 1325c.c. ossia volontà, causa, oggetto e forma.

Come esempi di nullità strutturale tale dottrina richiamava l'ipotesi del provvedimento adottato per effetto di violenza fisica, ritenuto nullo per difetto di volontà oppure il provvedimento privo di sottoscrizione ritenuto nullo per difetto di forma scritta. Erano, inoltre, ritenute cause di nullità strutturale le ipotesi di

⁹ Cons. Stato, ad. plen.. 29 febbraio 1992, n.2 ; Cons. Stato, ad. plen. 29 febbraio 1992 n.1 in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁰ R.GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, pag 984 e ss.

illiceità del contenuto del provvedimento o l'impossibilità o l'inesistenza dell'oggetto, la mancanza o assoluta incertezza sulla persona o sulla cosa su cui il provvedimento avrebbe dovuto produrre i suoi effetti.

Pur non giungendo alle estreme conseguenze dell'inapplicabilità delle categorie negoziali al provvedimento amministrativo, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie avevano tuttavia contestato l'estensione *tout court* dei requisiti essenziali previsti dal codice civile per il contratto al provvedimento amministrativo. Si riteneva che nel determinare gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo si dovesse tenere in considerazione la natura dell'atto amministrativo, espressione come noto non di autonomia negoziale, ma piuttosto di un potere autoritativo della Pubblica Amministrazione finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico previsto dalla legge.

Occorreva, quindi, adattare i requisiti previsti per il contratto ai connotati dell'autoritatività e della funzionalizzazione propri del provvedimento amministrativo. Pertanto non tutti e non solo gli elementi indicati dall'articolo 1325 avrebbero potuto assumere rilevanza di elementi essenziali, ai fini della validità del provvedimento. Di essi occorreva, in particolare, considerare l'oggetto e la forma che sono elementi essenziali di qualsiasi atto giuridico. La mancanza o l'illiceità della volontà non erano tendenzialmente ritenute cause di nullità del provvedimento amministrativo. Si ritenevano in funzione delle peculiarità del provvedimento amministrativo, rilevanti, altri elementi, non indicati dall'articolo 1325 c.c., quali: il soggetto, che doveva essere dotato del potere autoritativo esercitato, e la finalità.

All'indomani della riforma del 2005, la dottrina ha cercato di stabilire quali degli elementi enucleati dalla passata elaborazione potessero ritenersi essenziali, dando luogo, qualora mancanti, a nullità strutturale, ai sensi dell'articolo 21 *septies*. Quanto alla volontà si è affermato che mentre la sua mancanza è causa di nullità, il vizio che la colpisce va inquadrato tra le cause di annullabilità. Con riferimento alla forma, si deve ritenere che essa costituisca elemento essenziale solo se richiesta dalla legge ossia ad *substantiam*; negli altri casi è sufficiente che essa sia idonea a manifestare la volontà dell'ente e a far emergere la riferibilità dell'atto all'amministrazione. La causa, identificata nel fine pubblico per la cui cura è attribuito il potere amministrativo, è certamente elemento essenziale del provvedimento amministrativo.

Non costituisce tuttavia causa di nullità strutturale l'ipotesi in cui manchi il fine pubblico perseguito perché l'atto è adottato in assenza di una norma attributiva del potere. In tale caso, il provvedimento dovrà ritenersi nullo o inesistente.

In relazione al soggetto, se si ha riguardo al soggetto attivo ossia all'autorità che ha emanato l'atto, la mancanza dell'investitura pubblica dà luogo ad usurpazione del potere. Chi riconduce questa fattispecie tra le ipotesi di nullità ritiene si tratti di un caso di nullità per difetto di attribuzione e non di nullità strutturale.

Un'ipotesi di nullità strutturale è stata ravvisata nel caso in cui non sia identificabile il soggetto passivo dell'atto oppure in cui manchi l'oggetto materiale

sul quale il provvedimento è destinato a produrre effetti. Non dà luogo a nullità ma piuttosto ad annullabilità la diversità dell'oggetto per qualità o quantità rispetto a quello preso in considerazione dall'atto¹¹.

Non appare corretta l'estensione ermeneutica degli elementi essenziali del contratto al provvedimento amministrativo (tralasciando la differenza, che non appare solo letterale, tra "requisiti" di cui all'articolo 1325 c.c. e "elementi essenziali").

In particolare, tale non può essere per definizione l'accordo (al massimo la volontà: ma anche in questo caso appare piuttosto dubbio, sotto il profilo dogmatico, il confine con l'inesistenza); non può essere elemento essenziale la causa, la cui rilevanza è naturalmente sottesa al principio generale dell'autonomia negoziale nella sua accezione più lata, ed è legata al sindacato di meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico (l'esistenza del principio di legalità e di tipicità dei provvedimenti amministrativi retrocede il sindacato sulla funzione alla verifica della rispondenza della fattispecie al tipo legale, e quindi integra l'invalidità *sub specie* di annullabilità per violazione di legge o eccesso di potere).

Discorso diverso meritano l'oggetto e la forma, senza dubbio ascrivibili a elementi essenziali di qualsiasi atto, e quindi anche quelli di natura provvedimento amministrativo¹². Ai sensi dell'articolo 21 *septies* della legge 241 del 1990 "è nullo il provvedimento per mancanza di uno degli elementi essenziali".

La norma evoca l'articolo 1418 c.c. che sanziona con la nullità il contratto che sia privo dei suoi elementi essenziali e tuttavia mentre nel codice civile il legislatore ha precisato quali siano gli elementi essenziali del contratto, nella legge sul procedimento amministrativo manca una disposizione analoga.

Come è noto agli inizi del secolo trascorso, la dottrina amministrativistica, sensibile agli stimoli della pandettistica tedesca, aveva tentato di definire i caratteri dell'atto amministrativo seguendo il modello del negozio giuridico.

Così secondo Ranelletti, gli atti amministrativi vanno distinti in negozi giuridici, ossia atti giuridici i cui effetti sono voluti dall'agente e meri atti che producono effetti, non perché voluti dall'agente ma perché previsti dalla legge.

Nella costruzione di Cammeo si distinguono, non senza forzature, elementi essenziali dell'atto amministrativo, che sono la capacità dell'agente, la volontà e i relativi vizi, la causa, l'oggetto dell'atto e la forza, nonché gli elementi accidentali, quali la condizione, il termine e il modo. Mancava, a quel tempo, una distinzione tra atti interni al procedimento ed atti produttivi di effetti esterni, nei riguardi di soggetti terzi rispetto alla pubblica amministrazione; la distinzione riguardava la volontarietà degli effetti dell'atto, sicché l'atto conclusivo del procedimento era inteso come atto di volontà, che si contrapponeva agli atti amministrativi di conoscenza.

¹¹ F. CARDARELLI, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in www.gedit.it/sofiaonline, Salerno 2005

¹² M.C. CAVALLARO, *Della nullità del provvedimento per mancanza di uno degli elementi essenziali*, in www.gedit.it/sofiaonline, 2005

Fu Giannini, che nel criticare la teoria dell'atto amministrativo come negozio giuridico, individuò delle caratteristiche autonome del provvedimento amministrativo, affrancando così lo studio degli atti dei pubblici poteri dalle influenze della pandettistica. Per Giannini il provvedimento amministrativo è l'atto attraverso il quale la pubblica amministrazione provvede alla cura di un interesse pubblico, quell'interesse pubblico primario di cui per legge è attributaria. Il provvedimento amministrativo è un atto giuridico unilaterale, in quanto in grado di produrre i suoi effetti attraverso una manifestazione di volontà proveniente da un unico soggetto, la pubblica amministrazione è espressione dell'autorità, in quanto comprime o sopprime la libertà di alcuni amministrati; è infine un atto tipico in quanto è la legge che ne predetermina il contenuto.

La giurisprudenza, dal canto suo, in qualche sentenza ha accolto il principio della nullità del provvedimento per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali: si legge in una delle più note sentenze sul tema che "l'eccezionale ipotesi di nullità di un atto amministrativo è limitata ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario *ex lege* a costituirlo, quale può essere la radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario".

Quanto alle novità introdotte dal legislatore può essere utile riprendere l'originaria formulazione del d.d.l. n. A.S. presentato alla XIII legislatura, il cui articolo 8 disponeva: "è nullo il provvedimento amministrativo che è stato adottato in carenza della forma richiesta a pena di nullità dalla legge o dal regolamento; che è stato adottato da un ente pubblico locale incompetente per territorio, che è stato adottato in carenza di oggetto o di contenuto determinati o determinabili; che è destinato a soggetto inesistente". Questa formulazione, anche se non contiene un'indicazione esplicita degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, in qualche modo li presuppone o ne presuppone alcuni: la forma qualora sia richiesta dalla legge a pena di nullità, l'oggetto. Rinvia anche al soggetto: l'autore del provvedimento (nullo l'atto adottato al di fuori della competenza per territorio), il destinatario.

Il testo definitivo dell'articolo 21 *septies*, invece, non fornisce ausilio alcuno nell'identificazione degli elementi essenziali ma rimette tale compito alla dottrina e alla giurisprudenza. Si può provare a ragionare partendo dalle categorie civilistiche. Circa la volontà ogni provvedimento è espressione della precisa volontà dell'organo. L'assenza di volontà dovrebbe rappresentare la prima ipotesi di nullità. Tale ipotesi può essere ad esempio ricondotta all'incapacità naturale del soggetto titolare dell'organo, ovvero all'ipotesi del funzionario che firma il documento perché costretto con la minaccia. In realtà l'assunto che la volontà sia un elemento essenziale si scontra con un dato strutturale delle organizzazioni pubbliche: la volontà che la pubblica amministrazione manifesta attraverso i suoi organi è una volontà procedimentalizzata, che si palesa attraverso la necessaria scansione in fasi dell'agire amministrativo.

Diversa dalla volontà è la capacità, la cui qualificazione è ambigua anche in diritto civile: non è elemento del contratto in quanto inerisce al soggetto e non all'atto, ma, nello stesso tempo, refluisce sull'atto che è annullabile se posto in essere da un soggetto incapace di contrarre.

Si può dire che tale disciplina sia estendibile al provvedimento amministrativo?.

Anche qui la conclusione sembrerebbe diversa. Il provvedimento adottato dal dirigente il cui incarico sia stato revocato o annullato può ritenersi nullo, nullo è anche il provvedimento adottato dall'organo collegiale che abbia deliberato in assenza del quorum strutturale: ovvero in una palese condizione di incapacità.

E veniamo alla causa. Tradizionalmente si dice che essa coincida con il perseguimento dell'interesse pubblico: e poiché ogni provvedimento amministrativo è funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico, non è ipotizzabile un provvedimento che manchi della sua causa.

Circa la motivazione, l'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che hanno indotto l'amministrazione ad adottare il provvedimento. Sia chiaro: non è la mancanza della motivazione a determinare la nullità del provvedimento, ma l'assenza dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne giustificano l'adozione.

Il provvedimento amministrativo deve disporre in ordine ad un determinato oggetto, ha un suo contenuto tipico. Sotto questo profilo, non è tanto la mancanza dell'oggetto, intesa come impossibilità di determinarlo, a rendere nullo il provvedimento (come richiede l'articolo 1346 c.c., secondo il quale l'oggetto del contratto deve essere oltre che lecito, anche determinato o determinabile). Poiché l'oggetto del provvedimento è tipico non sembra che si possa parlare della sua mancanza. E tuttavia è possibile che l'amministrazione adotti un provvedimento senza che si trovi nella disponibilità materiale dell'oggetto: così, ad esempio, è nullo il decreto di espropriazione in ordine ad un bene del quale l'amministrazione sia già divenuta proprietaria per effetto di un'occupazione acquisitiva. D'altra parte, se si analizzano le ipotesi di nullità del provvedimento già tipizzate dal legislatore, si può verificare che è nullo il provvedimento con il quale si dispone l'assunzione di un dipendente senza avere preventivamente espletato la selezione concorsuale; ovvero è nullo il provvedimento con il quale si assegna un dipendente dell'amministrazione allo svolgimento di mansioni superiori. Si tratta di ipotesi per le quali la scelta di comminare la nullità da parte del legislatore è dovuta al fatto che ci si trova in presenza di provvedimenti nei quali l'amministrazione non si trova nella disponibilità dell'oggetto.

Con riferimento alla forma, un tempo si riteneva che vigesse nel diritto amministrativo il principio della libertà delle forme; oggi, al contrario, dall'esigenza che ogni provvedimento debba essere motivato si può ricavare un'indicazione nel senso della necessità della forma scritta. Quindi il provvedimento che manchi della forma scritta è un provvedimento nullo, salvo che la legge disponga diversamente. Come ad esempio nel caso del silenzio

provvedimentale, ipotesi nella quale la legge collega all'inerzia della pubblica amministrazione l'effetto di accogliere o respingere la richiesta del privato. In tale caso è evidente che la necessità della forma scritta è negata in radice dal legislatore. Ma se l'amministrazione intende produrre un effetto diverso da quello che si avrebbe in caso di inerzia, deve provvedere esplicitamente, cioè in forma scritta.

Anche l'articolo 11 della legge sul procedimento può offrire qualche indicazione utile al riguardo: la norma prescrive la forma scritta a pena di nullità in caso di accordi tra privati e pubblica amministrazione. Si tratta di accordi che confluiscono nel provvedimento finale o lo sostituiscono¹³.

La nullità è uno degli stati patologici del provvedimento amministrativo. Prima che intervenisse la riforma del 2005, a causa della mancanza di una disciplina positiva che disciplinasse gli aspetti sostanziali dell'invalidità del provvedimento amministrativo, era sorto un ampio dibattito circa l'ammissibilità della figura della nullità nel diritto amministrativo e sul regime ad essa applicabile. Partendo dalle norme regolanti il diritto amministrativo, si riteneva che la sanzione tipica prevista per l'invalidità del provvedimento amministrativo fosse soltanto l'annullabilità, disposta nei casi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, ai sensi dell'articolo 26 T.U del Consiglio di Stato e dell'articolo 2 della legge Tar. In tale cornice normativa il rimedio dell'annullabilità sembrava quello più idoneo a soddisfare le esigenze di stabilità e certezza dell'azione amministrativa. Tuttavia esigenze di coerenza sistematica e di garantire una più robusta tutela ai privati spinsero la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sull'ammissibilità di altri rimedi come la nullità.

Si contesero il campo due diversi orientamenti: da un lato i fautori della teoria negoziale, dall'altro i sostenitori della teoria autonomistica.

Secondo il primo orientamento, il provvedimento negoziale andava ricostruito in termini negoziali e andava applicata l'intera gamma delle invalidità previste dal codice civile. L'atto amministrativo poteva quindi considerarsi affetto da nullità virtuale, strutturale e testuale, alla stregua del contratto ai sensi dell'articolo 1418 c.c. Ne conseguiva l'applicazione dell'intero regime giuridico della nullità civilistica.

In base al secondo orientamento, non era possibile la pedissequa applicazione al provvedimento amministrativo delle coordinate civilistiche, non potendo l'atto amministrativo essere assimilato al contratto, a causa della radicale diversità di funzioni da essi svolte nei relativi sistemi di riferimento. Il contratto è per definizione lo strumento attraverso il quale si manifesta l'autonomia privata, il provvedimento amministrativo, invece, è l'atto funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico. Ne conseguiva che accanto all'annullabilità si poteva porre come unica alternativa per le violazioni più gravi non la nullità ma l'inesistenza.

Pur partendo dalle premesse della tesi pubblicistica, la giurisprudenza aveva accolto un'impostazione mediana tra la tesi negoziale e la tesi autonomistica,

¹³ PASSANISI SILVIA, *La patologia del provvedimento amministrativo: La nullità*, www.diritto.it, 2010

ammettendo nella dogmatica della patologia del provvedimento amministrativo, accanto all'annullabilità, anche la nullità strutturale e testuale.

L'impostazione mediana è stata poi recepita dalla legge di riforma del 2005, che ha introdotto l'articolo 21 *septies* nella legge n 241 del 1990, codificando l'istituto della nullità del provvedimento amministrativo.

La norma individuando le cause di nullità in modo specifico ha attribuito ad essa natura di rimedio tipico, in contrapposizione all'annullabilità che resta la forma generale di invalidità del provvedimento amministrativo¹⁴.

Il tema degli elementi dell'atto amministrativo costituisce il banco di prova e di confronto per saggiare l'attendibilità della tesi negoziale e di quella funzionale-procedimentale.

I fautori delle teorie negoziali utilizzano, per individuare gli elementi del provvedimento, i tradizionali schemi sistematici elaborati dalla collaudata tripartizione dogmatica di stampo pandettistico in elementi essenziali, requisiti di validità ed elementi naturali ed accidentali, che corrisponde alla distinzione tra contenuto essenziale, implicito ed eventuale del negozio giuridico privato, sia pure con gli adattamenti ritenuti necessari per renderli compatibili con la struttura e la funzione pubblicistica dell'atto. In tale prospettiva sono reputati elementi essenziali il soggetto, il contenuto, l'oggetto, la causa, la volontà e la forma, se richiesta ad *substantiam*.

Sono, invece, considerati requisiti di validità: la competenza e la legittimazione dell'organo, la conformità dell'atto alle prescrizioni formali e sostanziali, la corretta formazione della volontà provvedimentale, con l'esplicitazione dei motivi che la determinano e l'effettiva destinazione al perseguimento dell'interesse pubblico imposto dalla legge.

Gli elementi naturali sono quelli che per legge integrano il contenuto di alcuni atti, mentre quelli accidentali sono condizioni, termini e oneri che incidono sulla sola efficacia di atti già perfetti.

La tripartizione negoziale propria della tradizione pandettistica viene, pertanto, soppiantata dalla bipartizione pubblicistica, del resto coerente con i criteri di riparto della giurisdizione, tra elementi richiesti ai fini esistenziali dello stesso provvedimento quale fattispecie imperativa e autoritativa e requisiti di legittimità. Le norme impongono ai fini della legittimità dell'atto, anche la sua provenienza da un organo amministrativo e la sua conformità alle regole sulla competenza e sulla legittimazione, in ossequio al principio di legalità, che governa il sistema della distribuzione delle funzioni tra gli organi, equiparandoli a requisiti di validità.

Secondo tale schema ricostruttivo, la volontà assume, sia nell'ambito del modello negoziale che in quello pubblicistico, un ruolo costitutivo fondamentale, benché vada considerata in questa prospettiva nel suo tradursi in atto attraverso una

¹⁴ R.GALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2011, pag 705 e ss.

precisa sequenza procedimentale (acquisizione dei fatti e degli interessi, loro verifica e valutazione, loro ponderazione comparativa ai fini decisori).

Del pari indiscusso è che la volontà debba formarsi in modo libero e consapevole, per cui tutti i fattori che eventualmente possano incidere negativamente sul suo corretto iter formativo, quali errori, violenza o dolo si traducono in cause di invalidità del provvedimento, che refluiscono nell'unico vizio tipizzato di illegittimità sostanziale che è l'eccesso di potere.

La volontà provvedimentale, secondo la teoria negoziale, va configurata in chiave psicologica, ossia come intento proiettato alla produzione di effetti giuridicamente rilevanti.

Secondo, invece, l'impostazione pubblicistica, la volontà del provvedimento dovrebbe collocarsi su un piano radicalmente diverso da quello negoziale.

Da un lato, il sistema d'invalidità ascriverebbe scarso rilievo all'elemento volontaristico nell'economia strutturale del provvedimento, dall'altro, invece, il requisito volontaristico è sicuramente essenziale, perché la discrezionalità ne costituisce pur sempre espressione imprescindibile, nonostante la mancanza della connotazione individuale e psicologica, in considerazione della sua formazione dinamica in ambito procedimentale che presuppone tutta la sequenza di atti su cui s'innesta la decisione finale.

Di regola una volta completata l'acquisizione degli interessi da comparare con l'interesse pubblico primario è solo l'organo decidente a determinare il contenuto del provvedimento finale. Talvolta, invece, gli organi o gli enti portatori degli interessi coinvolti dalla scelta discrezionale partecipano attivamente alla fase decisoria.

Elemento essenziale del provvedimento amministrativo è la sua esternazione, che è comunque necessaria indipendentemente dai casi in cui le norme impongano una determinata forma ad *substantiam*, in quanto si tratta di un atto per sua natura partecipativa e relazionale che richiede per la sua destinarietà, qualunque modalità di manifestazione¹⁵.

Di regola la forma del provvedimento amministrativo è quella scritta, tuttavia esistono esempi importanti di atti amministrativi esternati in forma orale oppure con altri mezzi. Sempre maggiore importanza, infatti, assume l'atto amministrativo informatico. L'equiparazione dell'atto amministrativo informatico a quello cartaceo è stata da ultimo effettuata dall'articolo 20 del codice dell'amministrazione digitale.

Di regola la forma nel diritto amministrativo è richiesta dalla legge in forma scritta a pena di nullità, qualora, invece, una forma specifica non sia desumibile dalla legge o dalla natura dell'atto o del procedimento, vige il principio della libertà della forma. Costituisce eccezione all'obbligo di manifestazione espressa della volontà il cosiddetto provvedimento implicito, caratterizzato dal fatto che la volontà della

¹⁵ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pag 1247 e ss.

Pubblica Amministrazione non è esternata nella forma tipica dell'atto, ma si desume indirettamente da una precedente manifestazione di volontà.

Tale istituto è sorto al fine di permettere agli interessati di esperire l'impugnazione di un atto, e, quindi, di sottoporre l'azione amministrativa al sindacato del giudice amministrativo.

Di norma si ritiene che si sia formato un atto implicito quando il procedimento non si sia concluso, ma comunque sia stato emanato un atto endoprocedimentale, quale una proposta o un parere, che sia totalmente vincolante per l'amministrazione che deve adottare il provvedimento finale.

È, inoltre, necessario che il provvedimento implicito sia l'unica conseguenza possibile di quello espresso. È comunque opinione comune che il provvedimento implicito sia stato sostanzialmente abrogato dall'articolo 2 della legge n.241. Per tale ragione la giurisprudenza ha superato i precedenti orientamenti che ammettevano il procedimento implicito.

A volte il provvedimento implicito è previsto dalla legge. È il caso, ad esempio, dell'approvazione dei progetti di un'opera pubblica o di pubblica utilità, che contengono la dichiarazione di pubblica utilità implicita o la variante implicita ai piani urbanistici generali.

Si parla, invece, di provvedimento amministrativo tacito, ogni volta che la legge attribuisce alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento significato di accoglimento dell'istanza, o di una sua reiezione.

L'atto amministrativo tacito di accoglimento è previsto, in via generale, dall'articolo 20 della legge n. 241, mentre l'atto amministrativo tacito di rigetto è previsto da diverse leggi speciali.

La causa, che nel negozio giuridico assolve al fondamentale ruolo di elemento giustificativo delle attribuzioni patrimoniali, esprimendone la funzione economica sociale, costituendo al contempo strumento insopprimibile predisposto dall'ordinamento per il controllo della liceità e della meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti, ha nel provvedimento amministrativo una valenza del tutto marginale, posto che il principio di legalità che governa l'azione di tutti gli apparati pubblici ne irreggimenta la tipologia in rigidi schemi che ne positivizzano funzioni e scopi.

Piuttosto proprio l'esigenza che l'esercizio della funzione sia finalizzato al perseguimento di scopi fissati dalle norme, consente di annoverare anche il fine pubblico fra gli elementi costitutivi del provvedimento; laddove questo requisito di norma rileva nella modesta misura in cui l'ordinamento lo consenta e sempre che sia espresso nell'atto come scopo o motivo individuale determinante negli atti di liberalità o, in questi, come in quelli inter vivos si traduca in clausole accidentali.

Circa la motivazione, questa a differenza della causa riveste un ruolo essenziale nell'ambito del provvedimento amministrativo, in quanto i motivi che ne

giustificano l'adozione assumono sempre rilievo, diversamente da quanto avviene nel negozio giuridico di diritto comune.

Resa obbligatoria dall'articolo 3 della legge n. 241, la motivazione costituisce uno strumento diretto a garantire la trasparenza delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione. La previsione di un siffatto obbligo si riconnette alla configurazione del procedimento amministrativo quale veste della funzione pubblica, volto alla massima acquisizione degli interessi in gioco e al bilanciamento degli stessi. La motivazione è chiamata ad assolvere un ruolo di cerniera tra la fase istruttoria e l'adozione del provvedimento amministrativo. Essa risponde ad un'esigenza di democraticità dell'azione amministrativa, nonché di garanzia del diritto di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale: attraverso lo strumento della motivazione emerge l'iter logico seguito dall'autorità decidente che consente l'esercizio del controllo sociale sull'operato della Pubblica Amministrazione e la pienezza della tutela giurisdizionale, in virtù di quanto disposto dagli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione.

Ai sensi della legge n. 241 la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato le decisioni dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

L'articolo 3 ha ammesso la prassi della motivazione per *relationem*, già ammessa dalla giurisprudenza, purchè l'atto del procedimento oggetto di rinvio sia indicato e reso disponibile.

In seguito alla positivizzazione dell'obbligo di cui all'articolo 3 della legge n. 241, la mancanza di motivazione o la sua insufficienza non costituiscono più ipotesi di eccesso di potere sintomatico, ma di violazione di legge, vanno, invece, ricondotte all'eccesso di potere le ipotesi di motivazione illogica e contraddittoria, con conseguente obbligo del giudice di indagare, in concreto, se effettivamente sussista quello sviamento dell'atto dalle sue finalità istituzionali.

Prima della legge n. 241 non esisteva una disciplina di carattere generale relativa alla motivazione del provvedimento amministrativo.

In passato l'obbligo di motivazione investiva solo quegli atti per i quali fosse imposta *ex lege*.

In seguito, con l'affermarsi del concetto di discrezionalità amministrativa, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ai fini di sindacare il vizio di eccesso di potere, non solo sotto il profilo del fine pubblico perseguito, ma anche della sua coerenza con la funzione pubblica esercitata, cominciò a ritenere indispensabile l'esplicazione nell'atto dell'iter logico seguito per giungere alla sua adozione.

Inizì a profilarsi, allora, la necessità della motivazione in relazione alla natura di certi atti. La giurisprudenza cominciò, pertanto, a richiedere l'adozione della motivazione che, pur non imposta dalla legge, doveva considerarsi indispensabile per assicurare effettività di tutela al privato e consentire al giudice il sindacato sull'eccesso di potere. La situazione cambiò quando, nel periodo post-bellico, la Pubblica Amministrazione, a causa dell'accumularsi di pratiche amministrative,

fece ricorso alla prassi della motivazione per *relationem*, qualora i motivi anche se non espressi fossero rinvenibili in atti del procedimento, oggetto di apposito rinvio.

La giurisprudenza aderì a questo orientamento a due condizioni: che la *relatio* consentisse di individuare con certezza l'atto e che questo fosse chiaramente accessibile al privato.

Quando poi si affinò la costruzione teorica del procedimento amministrativo, la rilevanza della motivazione cominciò a scemare, in quanto si ritenne che il giudice amministrativo potesse sindacare il provvedimento nel suo iter evolutivo, attraverso un accesso diretto agli atti procedimentali. Ciò consentì alla giurisprudenza di andare più a fondo nell'indagine sulla discrezionalità, rendendo più pregnante il sindacato sull'eccesso di potere. Cominciò così a perdere quota la costruzione pragmatica della costruzione della motivazione obbligatoria per la natura dell'atto e fu inaugurato un nuovo indirizzo giurisprudenziale in funzione conservativa dell'atto amministrativo, che consacrò il principio del raggiungimento dello scopo, a tenore del quale le omissioni oppure i vizi meramente formali diventano superabili, se non essenziali, potendosi in questo caso far luogo alla cosiddetta regolarizzazione o rettificazione dell'atto.

Ulteriore elemento costitutivo del provvedimento è l'agente ossia l'autore del provvedimento. Soggetto agente può essere un'autorità amministrativa, un soggetto privato esercente pubbliche funzioni ovvero un privato obbligato a svolgere un procedimento di evidenza pubblica. L'estensione dell'area dei soggetti che possono adottare atti amministrativi è l'effetto dell'ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto amministrativo al di fuori dei confini classici dell'organizzazione amministrativa. Sono stati così equiparati alla Pubblica Amministrazione dal punto di vista della natura degli atti prima alcuni privati esercenti pubbliche funzioni e poi gli organismi di diritto pubblico.

Il venire meno dell'imputabilità dell'atto alla pubblica amministrazione per interruzione del rapporto organico comporta la nullità del provvedimento per mancanza degli elementi essenziali. Il destinatario è il soggetto, pubblico o privato, nei cui confronti il provvedimento deve produrre effetti. I requisiti del destinatario sono la determinatezza o la determinabilità. Anche al provvedimento amministrativo è applicabile la categoria degli elementi accidentali, ovvero è possibile apporre al provvedimento clausole accessorie che incidono sugli effetti dell'atto.

Gli elementi accidentali apponibili ai provvedimenti amministrativi sono i termini, la condizione e le riserve. Il termine è l'elemento accidentale che sottopone l'efficacia dell'atto al verificarsi di un fatto futuro e certo. La condizione, invece, subordina gli effetti dell'atto al verificarsi di un evento futuro e incerto. Le riserve, infine, sono dichiarazioni con le quali l'amministrazione avoca a se la possibilità di esercitare successivamente il medesimo potere, a seguito di una nuova valutazione degli interessi pubblici.

La nullità in caso di mancata sottoscrizione

Il Tar Puglia attribuisce rilievo preminente alla mancanza di sottoscrizione, qualificandola in termini di nullità strutturale dell'atto amministrativo impugnato per mancanza dell'elemento essenziale della sottoscrizione. Da tale accertamento i giudici pugliesi fanno derivare l'inammissibilità del ricorso proposto dal comune. La questione oggetto di analisi assorbente da parte del Tar Lecce costituisce una delle principali ipotesi paradigmatiche del dibattito svoltosi intorno alla figura della nullità e del relativo rapporto con le figure di confine.

La semplice lettura dei manuali di diritto amministrativo evidenzia come sulla fattispecie esaminata dalla sentenza in commento siano possibili diverse, e quasi opposte letture: dalla vera e propria inesistenza per abnormità dell'atto, declinata da alcuni in inesistenza giuridica o materiale, alla mera irregolarità laddove non sia pregiudicata la riferibilità dell'atto alla Pubblica Amministrazione con conseguente possibilità di raggiungimento dello scopo, alla soluzione mediana, accolta dalla sentenza in esame della nullità strutturale.

La diversità delle opzioni proposte suggerisce di spostare la questione sul versante dell'analisi delle circostanze concrete, svolgendo un'analisi alla luce anche di ulteriori principi.

In proposito la bussola di orientamento della giurisprudenza è stata per molto tempo l'indicazione, a tenore della quale costituisce "diritto vivente il principio secondo cui l'autografia della sottoscrizione è elemento essenziale dell'atto amministrativo nei soli casi in cui sia prevista dalla legge, essendo di regola sufficiente che dai dati contenuti nello stesso documento sia possibile individuare con certezza l'autorità da cui l'atto proviene".

Traducendo in sede di applicazione pratica la predetta indicazione, la strada tracciata ha consentito di verificare preliminarmente se le circostanze concrete permettano di ricondurre il provvedimento non sottoscritto alla volontà dell'organo che risulta averlo emesso, con la conseguenza in caso positivo dell'esistenza dell'atto. Quindi in tale ottica, il difetto di sottoscrizione rileva, determinando la non riferibilità ad un'autorità amministrativa e, quindi, l'inesistenza dell'atto come tale, in quanto dall'atto non possa evincersi la provenienza dal suo autore e dalla struttura amministrativa a cui lo stesso è preposto; non potendosi in tale caso imputare l'atto ad un'autorità amministrativa qualsiasi e venendo a mancare con ciò uno dei requisiti di esistenza dell'atto amministrativo.

La riferibilità ad un'autorità deve essere anche percepibile dal destinatario dell'atto, atteso che il provvedimento non assume rilievo in quanto tale ma in quanto in grado di produrre effetti nei confronti del destinatario cui deve essere portato a conoscenza e nei confronti del quale v'è garantita la massima trasparenza, sia di partecipazione che di cognizione.

A titolo esemplificativo, un atto ministeriale non sottoscritto materialmente dal dirigente ma protocollato dall'ufficio e inviato ai destinatari con lettera circolare, appare per i destinatari stessi riferibile con certezza all'amministrazione

ministeriale; analogamente per un atto contenente l'indicazione dell'ente, del settore dell'ufficio, nonché l'indicazione a stampa del suo autore.

Diversamente è stato ritenuto inesistente l'atto portato ad esecuzione prima che l'organo competente provveda a sottoscriverlo, come nel caso di bozza della delibera. Analoghe conclusioni il Consiglio di Stato ha fornito su un ordine di allontanamento privo di firma; sulla scorta della circostanza per cui lo stesso risulta notificato personalmente dall'Ufficiale di pubblica sicurezza, non constando alcun elemento che potesse far dubitare della conformità dell'originale, i giudici di palazzo Spada hanno affermato che l'autografia della sottoscrizione non costituisce causa invalidante laddove questa omissione non metta in forse la riferibilità dell'atto amministrativo all'organo competente.

Analoga problematica è sorta in una diversa fattispecie, relativa ad un caso di decreto presidenziale di esonero di un diplomatico, ex articolo 123 del TU 3 del 1957, non controfirmato dal ministro proponente; al riguardo il Consiglio di Stato, dopo aver evidenziato sotto il profilo della responsabilità che l'atto portava comunque la sottoscrizione del Presidente del Consiglio, cui sono riferibili, quale vertice dell'organo collegiale, gli atti dei ministri, ha affermato l'annullabilità dell'atto rilevando che la norma costituzionale, l'articolo 89 della Costituzione, parla di non validità del decreto non controfirmato.

Peraltro, come emerge dalla motivazione, in tale ipotesi il giudice amministrativo si è fondato su di un approccio in cui il rapporto atto nullo atto inesistente non viene ancora disgiunto, in termini poco conformi alla normativa di cui alla legge n. 241 post riforma del 2005: infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il provvedimento amministrativo può considerarsi assolutamente nullo o inesistente solo nelle ipotesi in cui sia espressamente qualificato tale dalla legge oppure manchi dei connotati essenziali dell'atto amministrativo, quali possono essere la radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente, o il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario.

Invece, non si può parlare di inesistenza dell'atto qualora si discuta soltanto dei vizi del procedimento che lo ha preceduto. Il Tar Liguria nel 2007¹⁶ ha sostenuto che la mancata sottoscrizione di un atto amministrativo da parte dell'incaricato o funzionario della Pubblica Amministrazione comporta la sua nullità, in quanto viene a mancare un elemento essenziale dell'atto stesso.

La questione esaminata riguarda l'invalidità dell'atto amministrativo, nello specifico aspetto della nullità alla luce della disposizione di cui alla legge n. 241 così come modificata dalla riforma del 2005, che ha convalidato i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di invalidità dell'atto amministrativo.

Si rileva che la giurisprudenza ha espresso due orientamenti attinenti alla questione in esame: uno più rigoroso che afferma l'inesistenza o la nullità dell'atto amministrativo privo della sottoscrizione e uno meno rigoroso, che consente di

¹⁶ Tar Liguria, II sezione, - sentenza 7 febbraio 2007 n 169 in www.giustizia-amministrativa.it

escludere la nullità quando la mancanza della sottoscrizione non impedisca l'individuazione dell'autore.

Il Collegio, che aderisce all'orientamento più rigoroso, argomenta la decisione sulla base della specifica importanza che riveste la volontà del soggetto che ha emanato l'atto.

In particolare, atteso che tutti gli atti e non sono quelli amministrativi possono subire esiti sanzionatori in presenza di vizi di invalidità, il Tar fa rilevare che la sottoscrizione negli atti formali integra non solo la documentazione della effettiva volontà dell'agente ma costituisce la stessa volontà dell'agente. Secondo il Collegio in assenza di sottoscrizione non si può neppure invocare il principio del raggiungimento dello scopo. In sostanza, mancando la sottoscrizione manca anche la volontà certificativa, che costituisce elemento essenziale dell'atto e del provvedimento amministrativo e, pertanto, conclude il Tar che la mancanza della sottoscrizione comporta la nullità dell'atto.

In una recente sentenza il Tar Lazio¹⁷ si è occupato delle conseguenze derivanti dalla sottoscrizione di un provvedimento amministrativo illeggibile. Un cittadino aveva proposto ricorso dinanzi al collegio per chiedere l'annullamento del provvedimento emanato da un dirigente del Ministero dell'interno, avente ad oggetto il trasferimento dello stesso in un altro paese. Il ricorrente poneva alla base dell'impugnazione la considerazione secondo cui sull'originale dell'atto la firma era illeggibile. Il Tar, richiamando altre precedenti pronunce giurisprudenziali conformi¹⁸, ha ribadito che mentre la mancanza della sottoscrizione nell'atto amministrativo originale tale da determinare l'assoluta impossibilità di ricondurre l'atto al suo autore e quindi all'Ente per il principio di immedesimazione organica provoca la sua nullità, per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali, diversa è la situazione in esame.

Qualora la sottoscrizione sia meramente illeggibile, in presenza di altri elementi che permettano di identificare la provenienza dell'atto, si configura una mera irregolarità del provvedimento¹⁹. La Cassazione ha stabilito che gli atti amministrativi motivati devono recare, quale elemento di validità, la sottoscrizione autografa dell'autorità competente. La Suprema Corte enuncia il principio in base al quale l'atto amministrativo, sprovvisto di firma autografa, è legittimo qualora da esso si possa risalire in modo certo al suo autore, soggetto responsabile.

La sentenza del Tar Puglia

La sentenza del Tar Puglia attribuisce valore preminente al nuovo dato normativo e ha individuato nell'articolo 3 comma 2 del d.lgs n. 39 del 1993 la base normativa applicativa del principio secondo cui "l'autografia della sottoscrizione è

¹⁷ Tar Lazio, sez. II quater, sentenza 21 ottobre 2010 n. 32942 in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸ Tar Campania sezione III, 08.09.2006 n. 7983; Tar Toscana, sezione III, sentenza 19.03.1999 n. 42 in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁹ Cassazione, sentenza 28 dicembre 2000 n. 16204, in www.diritto.it.

elemento essenziale del provvedimento amministrativo nei soli casi in cui sia espressamente prevista dalla legge.”.

La sentenza di cui in commento pare porsi sulla stessa scia di altra giurisprudenza già emersa *post* 2005 a tenore della quale la dizione dell'articolo 21 *septies*, pur essendo riferita agli atti provvedimentali, deve essere estesa a tutti gli atti amministrativi, anche a quelli privi di valenza provvedimentale, essendo del tutto illogico che le due specie di atti possano subire conseguenze sanzionatorie diverse in presenza di vizi identici e identicamente idonei a ledere gli stessi valori giuridici protetti. Pertanto la sottoscrizione negli atti formali(nella specie trattasi di verbale, avente valore certificativo) integra non solo la documentazione dell'effettiva volontà dell'agente ma costituisce la stessa volontà dell'agente, di guisa che la mancata sottoscrizione non involge solo un problema di imputazione, ma anche di esistenza di una volontà dell'agente o del funzionario di assumere un determinato atto; quindi, in assenza di sottoscrizione non esiste la volontà certificativa.

Il superamento del principio del raggiungimento dello scopo si fonda, in tale visione, sulla considerazione che se l'atto è emanazione di una Pubblica Amministrazione che, in quanto persona giuridica fa propria la volontà della persona fisica che si immedesima nell'organo, la sottoscrizione di quest'ultima costituisce la cerniera tra la volontà della persona stessa e la persona giuridica cui questa volontà viene imputata. Per cui, in assenza di sottoscrizione, non può ritenersi né che alcuna volontà dell'ente si sia formata né che la stessa possa essere imputata all'ente.

Rispetto a tale ipotesi va distinto il caso della sottoscrizione illeggibile, laddove può effettivamente porsi una questione di imputazione di una volontà esistente a una persona fisica organo e quindi alla Pubblica Amministrazione stessa, ma ciò può farsi in quanto una sottoscrizione, pur se illeggibile, esista.

La qualificazione della mancata sottoscrizione del provvedimento amministrativo in termini di nullità, porta con sé diverse questioni non solo di carattere teorico ma anche di carattere pratico.

A titolo di esempio è discussa la qualificazione della decisione finale del giudizio definito sulla base della nullità dell'atto contestato, che la sentenza in esame tramuta da accoglimento in declaratoria di inammissibilità, presumibilmente a fronte di un atto la cui accertata nullità ne impedisce l'esplicazione di qualsiasi effetto.

Analogamente, alcune questioni problematiche possono sorgere in tema di riparto di giurisdizione. Infatti, se da un lato la mancanza di sottoscrizione può comportare sia l'inesistenza dell'atto che, all'opposto, la sua riferibilità all'organo competente, dall'altro la necessità di riferirsi alle circostanze concrete per individuare l'esistenza o meno dell'atto comporta evidenti rischi di incertezza sull'individuazione del giudice a cui rivolgersi per esigenze di tutela. Se inesistente secondo l'ordinario riparto, la tutela dovrebbe azionarsi dinanzi al giudice ordinario; all'opposto se esistente la relativa sfera di cognizione dovrebbe far capo

al giudice amministrativo. Ovvero la nullità strutturale, rispetto alla verifica del raggiungimento dello scopo che, invece, mantiene la questione all'interno dell'alveo del giudizio di legittimità tipico del giudice amministrativo, potrebbe costituire la ragione per escludere l'affievolimento del diritto inciso dall'atto con conseguente giurisdizione ordinaria, quantomeno per gli interessi oppositivi in quanto quelli pretensivi restano tali.

Il Tar Puglia richiama alcuni precedenti giurisprudenziali, la massima di cui alla sentenza del Tar Venezia²⁰, secondo il quale sulla base della teoria degli atti amministrativi, e più in generale della teoria degli atti giuridici anche privati, la sottoscrizione dell'atto costituisce uno degli elementi essenziali del medesimo, con la conseguenza che la sua mancanza, impedendo di stabilire la provenienza e l'attribuzione dell'atto è da considerare vizio insanabile. Non si tratta di un vizio di legittimità, vale a dire ipotesi concernenti elementi essenziali, che siano presenti ma tuttavia si rivelino difettosi o viziati, ma di un vizio radicale dato dalla assoluta mancanza di un elemento essenziale, tale da comportare la nullità dell'atto medesimo.

Per quanto concerne, più in particolare, gli atti amministrativi, la firma in calce al provvedimento è tanto più necessaria in quanto, poi, occorre verificare se l'agente che l'ha sottoscritto sia dotato della competenza ad emettere quel determinato tipo di atti o provvedimenti, e, ancora prima, se l'emissione di quella data categoria di atti rientri nella sfera di attribuzione dell'organo o dell'ente.

Questa conclusione è confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato il quale, nel ritenere "la mancanza della sottoscrizione (o nella dizione firmato) nella copia conforme di un provvedimento amministrativo non è causa di nullità ne tantomeno di annullabilità, dando luogo al più ad una mera irregolarità", precisa anche che "la sottoscrizione autonoma è richiesta come condizione di validità dell'atto solo per l'originale e non anche per le copie conformi"²¹.

Inoltre è stata affermata l'illegittimità del provvedimento amministrativo anche quando "nonostante la formale riconduzione dello stesso ad un determinato organo della pubblica amministrazione attraverso determinate stampigliature, esso non rechi un minimo segno di grafia tale da poterlo attribuire, neppure con un processo induttivo, ad una qualsiasi autorità amministrativa".

²⁰ Tar Venezia, sezione II, 13 novembre 2009, n.2883, in www.giustizia-amministrativa.it

²¹ Cons. Stato sezione II, 24 ottobre 2007, n.1679, in www.giustizia-amministrativa.it

N. 00825/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01582/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1582 del 2010, proposto da:
Comune di Ginosa, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Galante, con domicilio eletto presso Pier Luigi Portaluri in Lecce, via Imbriani 24;

contro

Commissario Ad Acta;

nei confronti di

Cisa Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Pietro Quinto in Lecce, via Garibaldi 43;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Comune di Martina Franca, rappresentato e difeso dall'avv. Olimpia Cimaglia, con domicilio eletto presso Angelo Vantaggiato in Lecce,

via Zanardelli 7;

per l'annullamento

del provvedimento del Commissario ad acta, privo di data, sottoscrizione ed investitura, notificato da CISA al Comune di Ginosa in data 29.6.2010, che ha dichiarato legittima l'applicazione a CISA per analogia della clausola revisionale inserita nei contratti ivi citati ma non allegati, secondo cui l'indice di riferimento per la determinazione degli incrementi revisionali è quello dei Prezzi alla Produzione dei prodotti industriali, determinando la tariffa revisionata in 88,09euro./t., della delibera n.8 del 24.9.2010 dell'Assemblea dell'ATO TA/1, comunicata al Comune di Ginosa il 5.10.2010, nonché di ogni atto presupposto, antecedente, successivo e/o connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cisa Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2011 il dott. Claudia Lattanzi e uditi l'avv. Galante, per il ricorrente, l'avv. Calsolaro, in sostituzione dell'avv. Cimaglia, per il comune di Martina Franca e l'avv. Luigi Quinto, per la Cisa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune ha impugnato il provvedimento del Commissario ad acta

che ha ritenuto legittima l'applicazione per analogia a C.I.S.A. SpA della clausola revisionale secondo cui l'indice ISTAT di riferimento concordato con la stazione appaltante per la determinazione degli incrementi revisionali è quello dei Prezzi dei prodotti industriali; deduce i seguenti motivi: 1. Violazione dell'art. 21-speses l. 241/90. Mancata sottoscrizione (quale elemento essenziale dell'atto amministrativo) e di sicurezza circa l'investitura della persona fisica apparentemente autrice dell'atto. In subordine, nullità derivante da violazione del giudicato. 2. Violazione del provvedimento commissariale del 18.08.06 e del decreto del Commissario delegato all'emergenza ambientale n. 296/02. Violazione degli artt. 3, 97, 114 e 119 Cost. Violazione macroscopica dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, costituenti principi fondamentali tanto del diritto comunitario, quanto della Costituzione italiana. Violazione degli artt. 1 e da 3 a 10 l. 241/90. Violazione dell'art. 1372, comma 2, c.c. Violazione delle disposizioni sulla legge in generale. Eccesso di potere per: carente istruttoria e motivazione, assoluta mancanza di qualunque supporto documentale; erronea presupposizione; contraddittorietà interna ed esterna; travisamento; manifesta illogicità; irragionevolezza, sproporzione ed ingiustizia. 3. Illegittimità diretta della delibera ATO per: violazione degli artt. 3, 97, 114 e 119 Cost.; violazione macroscopica dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, costituenti principi fondamentali tanto del diritto comunitario, quanto della Costituzione italiana; violazione degli artt. 1 e da 3 a 10 l. 241/90; violazione del provvedimento commissariale del 18.08.2006;

violazione del decreto del CD n. 296/02; eccesso di potere per carenza istruttoria e motivazione, erronea presupposizione, contraddittorietà interna ed esterna, travisamento, manifesta illogicità, irragionevolezza, sproporzione ed ingiustizia.

Deduce il Comune: che l'atto commissariale è nullo perché privo di data, di sottoscrizione, di allegazione della nomina a Commissario ad acta, nonché di qualunque indicazione che l'arch. Bonocuore sia stata effettivamente investito dal potere conferito dal Tribunale; che è nullo per violazione del giudicato perché l'atto commissariale del 18 agosto 2006, assistito dal giudicato sulla sentenza n. 1757/08 del Consiglio di Stato stabilisce che la tariffa doveva essere aggiornata dopo otto anni e perché comunque il provvedimento impugnato avrebbe dovuto depurare l'importo di 43,07 €/t da quanto dovuto per ecotassa; che è illegittimo l'adeguamento sulla base dell'indice dei prezzi alla produzione industriale, effettuato applicando analogicamente contratti intervenuti tra parti totalmente diverse; che esclude l'aggiornamento dei ricavi mentre permette quello dei costi.

La Cisa si è costituita con atto del 5 novembre 2010.

Il Comune di Martina Franca è intervenuto ad adiuvandum con atto del 9 dicembre 2010 ribadendo le deduzioni del ricorrente.

La Cisa con memoria del 14 marzo 2011 ha rilevato: che la mancanza di sottoscrizione non è idonea a determinare la nullità del provvedimento perché non ci sono dubbi sulla paternità dell'atto; che, per quanto riguarda il provvedimento di investitura, la nomina deriva dalla ordinanza di questo Tribunale; che il precedente commissario

aveva stabilito che la tariffa doveva essere aggiornata al termine del periodo di ammortamento previsto in otto anni, ma non si era occupato della questione relativa all'aggiornamento Istat; che nel richiedere l'aggiornamento Istat la Cisa ha scorporato dalla tariffa complessiva di conferimento la quota relativa all'ecotassa; che l'indice Istat da applicare è quello relativo all'attività di gestione rifiuti.

Il ricorrente e la Cisa hanno poi depositato, il 24 marzo 2011, memorie di replica.

Nella pubblica udienza del 14 aprile 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è inammissibile.

Con il primo dei motivi di ricorso, il ricorrente deduce l'inesistenza e la nullità del provvedimento del Commissario ad acta perché privo di sottoscrizione, elemento essenziale dell'atto amministrativo.

La doglianza è fondata e assorbente di tutte le altre.

È noto come la giurisprudenza abbia espresso un orientamento più rigoroso, che afferma la inesistenza o quantomeno la nullità dell'atto amministrativo privo di sottoscrizione, e uno meno rigoroso, che consente di escludere la nullità dell'atto quando la mancanza della sottoscrizione non impedisce comunque la individuazione dell'autore. Ritiene il Collegio di aderire all'orientamento più rigoroso espresso dalla giurisprudenza in materia, che ha ritenuto la nullità del provvedimento amministrativo carente della sottoscrizione del funzionario da cui proviene.

La questione deve essere esaminata alla luce della previsione di cui all'art. 21 septies della l. 241/90 introdotto dalla l. 15/2005 che stabilisce, tra l'altro: *“è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali...”*.

In base della teoria degli atti amministrativi, e più in generale della teoria degli atti giuridici anche privati, la sottoscrizione dell'atto costituisce uno degli elementi essenziali del medesimo, con la conseguenza che la sua mancanza, impedendo di stabilire la provenienza e l'attribuzione dell'atto, è da considerare vizio insanabile. Non si tratta, invero, di un vizio di legittimità – vale a dire di ipotesi concernenti elementi essenziali, che siano presenti ma, tuttavia, si rivelino difettosi o viziati – ma di un difetto radicale, dato dalla assoluta mancanza di un elemento essenziale, tale da comportare la nullità dell'atto medesimo (Tar Venezia, sez. II, 13 novembre 2009, n. 2883).

Questa conclusione risulta confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato il quale, nel ritenere che *“la mancanza della sottoscrizione (o della dizione « firmato ») nella copia conforme di un provvedimento amministrativo non è causa di nullità (né tanto meno annullabilità), dando luogo al più ad una mera irregolarità”*, precisa altresì *“che la sottoscrizione autonoma è richiesta come condizione di validità dell'atto solo per l'originale”* (Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5622).

È da rilevare inoltre che è stata affermata l'illegittimità del provvedimento amministrativo anche quando *“nonostante la formale riconduzione dello stesso ad un determinato organo dell'amministrazione*

attraverso determinate stampigliature - esso non rechi un minimo segno di grafia tale da poterlo attribuire, neppure con un processo induttivo, ad una qualsiasi autorità amministrativa” (Cons. St., sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1679).

La qualificazione della sottoscrizione come elemento essenziale dell'atto trova una conferma nell'art. 3 ,secondo comma,del d.lgs. n.39 del 1993,atteso che la esclusione della sottoscrizione autografa in determinati casi è stata disposta da una specifica disposizione di legge (“Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile .”)

In conclusione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, con compensazione delle spese di giudizio per giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,
lo dichiara inammissibile. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario

Claudia Lattanzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)