

GIUNTA REGIONE SICILIA  
ASSESSORATO REGIONALE DEL BILANCIO E DELLE FINANZE  
UFFICIO DI GABINETTO

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE

Bari 9 e 10 giugno 2005

GIURISPRUDENZA NON COSTITUZIONALE  
DI INTERESSE REGIONALE

A cura di:  
Simone Montalto

Tribunale Amministrativo Regionale - Campania  
Sez. I - Sent. n. 5410 del 5 maggio 2005

**Annullamento dell'atto di nomina del titolare di un organo.  
Atti emanati durante la funzione.**

*L'annullamento dell'atto di nomina del titolare di un organo amministrativo non travolge automaticamente tutti gli atti emanati dal medesimo durante la sua permanenza in carica, ma ha un effetto meramente invalidante. Ne consegue che i soggetti interessati all'annullamento di un atto adottato dall'organo illegittimamente nominato hanno l'onere di impugnare, tempestivamente e ritualmente, il provvedimento di nomina congiuntamente agli atti lesivi, contro i quali vanno dedotti, in via di illegittimità derivata, i vizi che inficiano la nomina stessa. (Nel caso di specie, il ricorrente ha sollevato tardivamente l'illegittimità dell'atto, derivata dalla illegittima nomina dell'organo che lo ha emesso, e tardiva risulta quindi ogni impugnativa della nomina quando ormai terzi fanno valere gli effetti dei provvedimenti emessi quando l'organo era in carica prima dell'annullamento della nomina).*

Questa soluzione giurisprudenziale, conseguente più che a principi giuridici a valori pratici ed a giustizia sostanziale, presuppone il richiamo all'istituto del "funzionario di fatto".

Si ricorderà al riguardo che gli atti posti in essere dal funzionario la cui nomina sia illegittima si considerano validi finché non intervenga l'annullamento dell'atto di nomina.

Anche in questo caso si tratta d'una soluzione che l'ordinamento giuridico ha introdotto per esigenze di valore pratico.

L'istituto del *funzionario di fatti* è stato introdotto infatti soprattutto a tutela della buona fede dei cittadini, i quali non possono essere costretti ad accertare la legittimità degli atti di nomina di tutti i funzionari con cui vengono a contatto. Nel contrasto tra una rigorosa legittimità e la salvaguardia della buona fede dei cittadini, si dà prevalenza a quest'ultima.

L'attività svolta dal *funzionario di fatto*, fino al momento dell'annullamento dell'atto di investitura nell'ufficio, viene considerata valida allo scopo di non turbare le posizioni giuridiche acquisite, (spesso difficilissima individuazione) da parte di tutti coloro che in buona fede sono entrati in rapporto con gli uffici del funzionario illegittimamente nominato, ed allo scopo di evitare ai privati continue e difficoltose indagini sulla regolarità della posizione dei pubblici funzionari. Viene considerato come funzionario di fatto anche il funzionario nel periodo nel quale la sua nomina non sia ancora efficace, perchè non è ancora intervenuto con esito positivo l'atto di controllo. I suoi atti si considerano validi, una volta divenuta efficace la nomina, ancorché tali atti siano stati emessi in pendenza del controllo.

Su questo orizzonte consolidato, si può dare il caso in cui la illegittima costituzione di un organo è proprio ciò che viola l'interesse protetto di un cittadino. Si pensi, per esempio, al caso in cui la nomina dell'organo è illegittima perchè essa non proviene da centri sociali, portatori di interessi di categorie cui la legge attribuiva proprio la facoltà di determinare un organo pubblico.

È ad un'ipotesi del genere che si riferisce la massima che si commenta, dicendosi che in simili casi il portatore di un interesse specifico, offeso dalla trasgressione delle regole fissate per la costituzione dell'organo, deve impugnare nei termini l'atto di nomina (insieme agli eventuali altri motivi di pretesa violazione dei suoi interessi).

Altrimenti, vale in pieno la regola del *funzionario di fatto* per cui, fino all'annullamento della sua nomina, gli atti da lui emessi restano efficaci.

Tribunale Amministrativo Regionale - Lazio  
Sez. III - Sentenza 11 gennaio 2005, n. 152

**Partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo.**

*Il comportamento della Pubblica Amministrazione che viola gli artt. 9 e 10 della l. n. 241/1990, precludendo agli interessati la partecipazione al procedimento amministrativo o (il che è lo stesso) omettendo di valutare le memorie e i documenti prodotti da coloro che sono intervenuti nel procedimento, può soltanto incidere negativamente sulla legittimità del provvedimento finale, ma non consente agli interessati di ottenere dal giudice un provvedimento che imponga all'Amministrazione di rendere possibile la partecipazione procedimentale.*

Si ricorderà che il capo terzo della legge 7 agosto 1990 affronta un problema centrale in tutto il procedimento amministrativo, quale è stato riformato in base a principi di "trasparenza" ed efficienza. Si tratta della partecipazione degli interessati allo svolgimento della funzione pubblica che si attualizza attraverso quella sequenza di atti preordinati all'adozione del provvedimento finale, di cui l'*iter* procedimentale, aperto agli apporti ed alle conoscenze degli interessati, costituisce la sede e l'espressione formale.

Gli artt. 7 e 13 della legge n. 241 del 1990 sono finalizzati a garantire la massima democraticità del procedimento amministrativo ed hanno come obiettivo di fondo - oltre la "trasparenza", la speditezza, l'economicità, ecc. dell'azione amministrativa- la trasformazione radicale delle vecchie concezioni autoritative delle relazioni tra cittadino e Stato.

Le dette norme impongono alla P.A. di tener presenti tutti gli interessi pubblici e privati rilevanti nel singolo caso, attribuendo portata fondamentale alla regola del contraddittorio in vista dell'emanazione di provvedimenti amministrativi, poggiati quanto più è possibile su dati di conoscenza completi.

La partecipazione, sia in funzione di garanzia per l'interessato che in funzione di collaborazione utile alla stessa Amministrazione, si concretizza nel fornire agli uffici competenti tutti gli elementi necessari per una completa valutazione del caso e nell'espone le proprie ragioni tenendo presente il perseguimento dell'oggettivo interesse pubblico.

Con l'avvento della legge n. 241 del 1990, la partecipazione acquista appunto carattere generale e si riferisce a tutti i procedimenti (fatta eccezione per quelli indicati nell'art. 13 della legge stessa); di essa, più che la funzione di garanzia del rapporto, deve essere sottolineato il ruolo collaborativo assegnato al privato all'interno di una struttura amministrativa caratterizzata da un potere autoritario; apporto collaborativo che l'ordinamento giuridico assume a garanzia della corretta confezione del provvedimento finale.

Mancando esso, come in assenza di altri elementi integranti la procedura, quali la competenza del funzionario autore, la motivazione, il comprensibile dispositivo ecc., il provvedimento è viziato (violazione di legge).

Essendo quello della tutela procedimentale non solo uno dei maggiori obiettivi cui tende la legge n. 241 del 1990, ma anche uno degli aspetti che ha dato e continuerà a dare luogo all'intervento della giurisprudenza (si pensi alle controversie nel caso di mancato avviso dell'avvio del procedimento), va considerato che i difetti nel procedimento e la carenza di uno dei suoi "ingredienti", quale è la mancata possibilità dell'interessato di produrre documenti o ragioni ovvero la mancata considerazione di essi, sia pure per disattenderli motivatamente, rendono illegittimo il provvedimento.

Fin qui nulla di nuovo. Quello che, invece, la sentenza che si commenta apporta di nuovo nella conoscenza del sistema del procedimento è che l'interessato, in caso di vizio per impedimento alla partecipazione, posto in atto dall'Amministrazione (per es. non comunicando i dati di inizio del procedimento) può dar luogo al rimedio tipico della funzione giurisdizionale amministrativa: l'annullamento; ma non ad un rimedio in forma specifica: la riammissione in corso del procedimento con l'obbligo per la P.A. di consentire all'interessato la "partecipazione".

La sentenza non è molto chiara sulle motivazioni che impediscono un tale rimedio, limitandosi a dire che *"in sostanza, i pregiudizi subiti in relazione ai diritti partecipativi possono trovare tutela in sede giudiziale solo contestando il "risultato" dell'attività procedimentale, sempre che mediante l'impugnazione si tenda a porre rimedio a lesioni di situazioni giuridiche sostanziali, relative ad un interesse qualificato inerente ad un bene della vita."*

Può, però, forse completarsi il discorso dicendo che una soluzione che ammettesse un obbligo esecutivo per l'Amministrazione di correggere il proprio comportamento violerebbe quel limite tra funzione giurisdizionale e funzione esecutiva (o amministrativa) che sempre, fin dalle leggi che hanno istituito la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, l'ordinamento giuridico italiano si è preoccupato di tener ben netto e che, superando il quale, produrrebbero interventi dell'autorità giurisdizionale nella funzione amministrativa che inevitabilmente comporterebbero scelte discrezionali, non dell'autorità giurisdizionale.