

GIOVANNI ZACCARIA

*Professore inc. di diritto amministrativo
nella Università di Urbino*

**NOTE SULLA RILEVANZA E TIPOLOGIA DELLE FORME
NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

1. Si è delineata di recente, soprattutto in occasione di studi legislativi, una tendenza secondo cui — *de jure condendo* — allorchè il giudice amministrativo abbia a pronunciare l'annullamento di un atto per vizio di legittimità che riguardi la forma dell'atto stesso, questo dovrebbe conservare i suoi effetti sino alla rinnovazione, sino a che, cioè, non fosse sostituito, a tutti gli effetti e con la medesima decorrenza, dal nuovo provvedimento. In tal caso, quindi, per non turbare l'attività della pubblica Amministrazione, i vizi di forma che non incidessero sulla sostanza dell'atto, lascerebbero integro il provvedimento, salvo la necessità di sostituire, o quanto meno modificare o correggere, l'atto viziato nella forma, ferma restando la decorrenza.

Ma il diritto amministrativo è tutto una catena di limiti — e quindi di forme — imposti alla discrezionalità dell'Esecutivo: lo stesso Consiglio di Stato ha propriamente « giurisdizione formale di legittimità »; tutte le forme degli atti si presentano — a ben osservarle — come autentiche garanzie organiche; da queste garanzie non prescindono mai le leggi stesse e non è facile intuire quando e perchè dovrebbero poterne prescindere gli atti amministrativi.

È quindi innegabilmente arduo nel diritto pubblico tentare di distinguere tra « forma » e « sostanza », ed altrettanto arduo è distinguere tra « forme sostanziali » e « forme non sostanziali ». Del resto tra forma e sostanza vi è sempre stato un perenne dualismo che ha affascinato ed affaticato geni come Aristotele, San Tommaso, Spinoza e Kant: le forme pure, senza sostanza, sono rimaste gli angeli di S. Tommaso.

Il problema cui si riferisce, vivo e presente in ogni campo ed ordinamento giuridico, in qualunque luogo e tempo, è quello della funzione e valore della forma nel fenomeno giuridico e

delle relazioni tra forma giuridica e realtà sostanziale. E per la notevole perfezione nella indagine e costruzione dommatica del fenomeno giuridico cui siamo giunti nella nostra epoca, ed in cui eccelle qualche amministrativista italiano, sentiamo che sempre più lo spirito ricercatore abbisogna di cogliere le relazioni tra la forma — che è data dal diritto e delle sue norme — ed il fenomeno sostanziale — che trova il suo assetto in quella forma —, di vedere quanto e come del rapporto sostanziale diviene rapporto giuridico con l'atto amministrativo, proprio per la forma in cui si trasfonde e si immedesima, e quanto si perde o rimane irrilevante nel passaggio dalla realtà sostanziale — o « politico sociale » in senso lato — alla regolamentazione giuridica effettuata dall'atto amministrativo.

A tal fine, il concetto di « forma » non può essere soltanto riferito alla « mera esternazione » del provvedimento amministrativo, anche perchè vizio di forma è, in senso lato, qualsiasi violazione di norme o precetti amministrativi, *iussum et vetitum*; e, pur superando la vecchia generica antitesi, fra elementi politici (in senso lato) ed elementi giuridici, che ha sempre travagliato la scienza giuridica e che ha caratterizzato le varie epoche a seconda che gli uni o gli altri di tali elementi abbiano preso il sopravvento nella letteratura giuridica, per il diritto amministrativo ci pare di poter affermare che le relazioni fra sostanza e forma altro non sono che le relazioni fra gli elementi sostanziali e gli elementi strettamente giuridici, necessariamente formali giacchè tutto il diritto inteso come complesso di norme da interpretare ed applicare non può non essere altro che forma.

Assertori del principio che la nostra scienza giuridico-amministrativa si edifica con la ricerca positiva, che i nostri migliori concetti non sono che *exempla rerum* e che la nostra medesima scienza non è che il fatto elevato a concetto, vorremmo tentare di riportare a sistema tutto ciò che può essere utile alla nostra indagine sulla rilevanza delle forme, attraverso la disamina sintetica di norme della giustizia amministrativa e del procedi-

mento amministrativo nei Paesi stranieri, attraverso la visione panoramica di gran parte della nostra dottrina ed attraverso l'esame della giurisprudenza.

Le brevi note che seguono, lungi dall'essere sufficienti a ciò, ci pare servano ad incamminarci lungo la strada maestra che, allorchè sia raccolto e definito più ampiamente il materiale per la valutazione dei fenomeni e delle teorie, dovrebbe consentirci, con una più completa analisi, la somma dei risultati.

2. In Austria — ai sensi dell'art. 129 nn. 3 e 4 del Testo Costituzionale modificato il 30 luglio 1925, confermato dall'articolo 133, nn. 1 e 2 del Testo Costituzionale 7 dicembre 1929 — la Corte di Giustizia Amministrativa, la *Verwaltungsgerichtshof*, cui è demandata la potestà di pronunciare l'annullamento degli atti amministrativi, in caso di vizi di forma *pronuncia l'annullamento stesso soltanto quando ritiene per certo che, ove l'Amministrazione avesse osservato la procedura, sarebbe stata adottata una diversa risoluzione*. La norma austriaca ci pare chiara, ma va notato che tra la *Verwaltungsgerichtshof* e il nostro Consiglio di Stato vi è una profonda differenza costituita dal fatto che la Corte di Giustizia Amministrativa austriaca non conosce gli interessi, condanna al risarcimento del danno e soprattutto giudica l'attività dell'amministrazione sulla base di apposite leggi che regolano il procedimento amministrativo, ed è perciò legittimata a differenziare gli atti nulli dagli atti annullabili, così come può agevolmente farsi nel campo del diritto privato ⁽¹⁾.

Nella Germania occidentale i tribunali amministrativi, *Verwaltungsgerichtschöfe*, — ai sensi della norma contenuta nell'ordinanza n. 36 del 16 ottobre 1946 del Consiglio Alleato di Controllo, cui sono informati gli ordinamenti delle singole zone — conoscono in primo grado, con procedimento quasi a tipo

(1) Vedi per la Corte di Giustizia amm. austriaca L. ADAMOVICH, *Grundriss des österr. Verfassungsrechts*, Vienna, 1947, cap. II.

monitorio, e salvo il processo definitivo, i *casi di irregolarità manifesta e di vizio formale*.

Nella Germania orientale (vedasi l'art. 138 della Costituzione del 1949), il diritto positivo non fa alcuna differenza fra illegalità formale ed illegalità sostanziale, ma, essendo netta la distinzione di competenza fra magistrati di diritto privato e magistrati di diritto amministrativo, questi ultimi si avviano a svolgere un'attività che potrebbe definirsi pretoriana nel dichiarare casi e limiti dell'irregolarità formale ⁽²⁾.

In Russia il funzionario è responsabile di ogni violazione di legge, *senza alcuna distinzione tra violazione formale o sostanziale* ⁽³⁾. Il Procuratore Generale della Corte Suprema dell'Unione esercita un controllo sostanziale e formale su tutti gli atti dell'Amministrazione chiamando a rispondere anche i funzionari che abbiano mancato a mere formalità ⁽⁴⁾. Ciò non toglie che, come pura speculazione scientifica, esiste polemica dottrinarica circa l'opportunità che il controllo supremo debba essere *esclusivamente e pienamente formale* ⁽⁵⁾, ovvero *formale e di merito* ⁽⁶⁾.

Negli Stati Uniti, nel *The Administrative Procedure Act* del 1946 sono elencate le forme prescritte a pena di nullità ⁽⁷⁾.

In Gran Bretagna, Dominions e Colonie il *Write of certiorari* del giudice ordinario impone al funzionario l'obbligo di annullare e riformare l'atto di cui è responsabile *anche per violazione*

⁽²⁾ Vedi ERNEST FORTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Beck, 1950, pag. 400 e seg.

⁽³⁾ Vedi *Naruscenie Administrativno - Provovkh Norm*; Studennikin, *Diritto Amministrativo Sovietico*, II ed. Mosca 1950, « Gosudastvienoje Isdatielstvo Juridicexoj Literaturi », pag. 169, 184, 190, 198.

⁽⁴⁾ Vedi *Bolsciaia Sovietskaia Enciclopedia*, Mosca, 1949 II ed., Vol. I, Voce: « Administrativnaia otvestvenuert », pag. 440; ordine del Procuratore Generale della Corte Suprema dell'Unione del 23 giugno 1942.

⁽⁵⁾ Vedi LANGRED, *Instituc. je prava administracijineyo*, Ed. Kamiski, Gracovia, vol. II, 1948-50.

⁽⁶⁾ JAROSZYNSKI, *Nove Aspekty Zagadniewa Kontroli Administracji*, « Państwo i Prawo », 4 aprile 1950, pag. 95-117.

⁽⁷⁾ Vedi B. SCHWARTZ, *The Administrative Procedure Act*, 1946, « Washington Law Quarterly Review », maggio 1951.

della forma ⁽⁸⁾; con il *Crown Preceeding Act* del 1947 sono stati disciplinati i ricorsi per danni, contro l'Amministrazione, anche per questioni di forma.

In Ispagna, la recente legge 8 febbraio 1952 sul contenzioso amministrativo *precisa*, di volta in volta, *le forme prescritte a pena di nullità* ⁽⁹⁾ ad integrazione delle norme di procedura amministrativa di cui alla *Ley de lo contencioso* del 22 giugno 1894.

In Grecia la legge parla di *inosservanza delle forme prescritte a pena di nullità* ⁽¹⁰⁾, talchè può dirsi che giudice ed amministrazione *trovano nella legge il limite della propria pronuncia*, così come si verifica nei Paesi che hanno un codice di procedura amministrativa, e cioè in Austria, Cecoslovacchia, Jugoslavia, Spagna, Stati Uniti.

In Turchia, la legge n. 4904 del 27 maggio 1946, senza distinguere tra forme sostanziali e non sostanziali, parla di *decisioni amministrative contrarie alle leggi ed ai regolamenti dal punto di vista del merito, della competenza o della forma* ⁽¹¹⁾.

In Egitto la legge 2 febbraio 1949, n. 9 parla di *violazione di forma in genere* ⁽¹²⁾.

In Giappone la legge 1° luglio 1948, n. 81, abolendo i tribunali amministrativi, ha stabilito che possono essere denunciati ai tribunali ordinari le illegalità, sia di forma sia di sostanza, commesse dalle pubbliche Amministrazioni ⁽¹³⁾.

Nel Messico la legge 30 dicembre 1939 elenca 72 *faltas oficiales* (mancanze ufficiali) nelle quali sono comprese determinate irregolarità formali.

(8) Vedi: W. A. ROBSON, *Justice and administrative Law*, London, 1951, *passim*.

(9) Vedi: *Boletin de Informacion*, 25 marzo 1952, pag. 10.

(10) Vedi: M. DENDIAS, *Diritto Amministrativo*, in greco, vol. III, *Giustizia Amministrativa*, Atene, 1950.

(11) Cfr. *Ann. de la Faculté de Droit d'Instambul*, n. 1, 1951, pag. 229.

(12) M. J. DE SOTO, *Le conseil d'Etat Egyptien*, « *Revue de Droit Public* », 1949, pag. 453.

(13) Vedi: A.C. OPLER, *The Reform of Japan's legal and judicial system*, Washington, « *Law Review* », 1949, pag. 220.

In Argentina e in Brasile sono pure espressamente determinati i casi ed il contenuto del contenzioso, formale e sostanziale, rispettivamente dalle leggi 19 novembre 1950 per l'Argentina e 1° aprile 1950 per il Brasile.

In Belgio gli artt. 9 e 11 della legge 23 dicembre 1946 parlano di ricorsi avanzati dal privato per lesione di diritti o di interessi al Consiglio di Stato, *onde ottenere l'annullamento di atti amministrativi a causa della violazione di forme sostanziali o prescritte a pena di nullità e per eccesso di potere* ⁽¹⁴⁾: è evidente che non si tratta di distinguere tra forma e sostanza, ma tra forme sostanziali e forme non sostanziali, ed in mancanza di un codice del procedimento amministrativo, il giovane Consiglio di Stato belga dovrà sceverare, con la propria giurisprudenza, le forme sostanziali da quelle non sostanziali.

Per la Francia, paese ove la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata la culla di tutto il diritto amministrativo europeo, occorre rifarsi alle pronunce del Consiglio di Stato, che talvolta ha richiesto la osservanza anche di formalità non prescritte (C.S. 16 novembre 1928, Foucher), tal'altra ha giustificato l'omissione di formalità prescritte (C.S. 16 maggio 1941, Courent), ma ha sempre preteso che si ottemperasse alle formalità influenti sulle successive determinazioni e ciò sia per le forme sostanziali (C.S. 9 aprile 1948, Leroux), sia per le forme non sostanziali (C.S. 10 febbraio 1946, Rioux) ⁽¹⁵⁾.

Il sistema francese è quindi rimasto quello tradizionale per cui già oltre un secolo fa il Consiglio di Stato sopperiva alle lacune della legge ponendosi esso stesso, con le proprie decisioni, come legislatore: giudici ed amministratori, quindi, in Francia come in Belgio ed in Italia, si trovano ancora, anche in questo

⁽¹⁴⁾ Vedi: MORREAU et SIMONARD, *Le conseil d'Etat de Belgique*, *Revue de Droit Public*, 1948, pag. 159; M. Vautier, *Précis du Droit admin. de la Belgique*, 3° ed 1950.

⁽¹⁵⁾ Gli esempi giurisprudenziali sono stati attinti da M. WALINE, *Eléments de Droit Administratif*, Sirey, 1950, pag. 129 e segg.

settore, dinanzi al geroglifico della frequentissima discrezionalità amministrativa da cui dipende non solo la giustizia nei confronti di un cittadino, ma — oseremo dire — anche l'avvenire di tutta la Nazione.

Non è invece chi possa dubitare che la mèta da raggiungere nello Stato moderno è che giudici ed amministratori siano accomunati nella stessa via quando pronunciano il diritto, gli uni nel caso singolo e spesso divisi dalla più varia giurisprudenza, gli altri per un avviamento generale ed eguale della prassi amministrativa nei confronti di tutta l'Amministrazione e di tutti i cittadini, onde nella diversità della loro funzione ricorra pur sempre l'unità dello Stato sia quando giudica — col diritto — sia quando amministra — nel diritto — la Nazione. Ma perchè possa aversi questa possibilità occorre che nel diritto positivo il giudice trovi il *mezzo* della sua pronuncia e l'Amministratore il *limite* del suo comportamento.

Gli inglesi hanno sentito il bisogno di introdurre per i pubblici amministratori quelle « quasi decisioni » che risolvono « generalmente » con un procedimento regolare, i dubbi di forma, le perplessità e molte possibilità di errori della condotta amministrativa verso i cittadini; gli americani, accettando il sistema delle « quasi decisioni », hanno istituito dal 1946 un codice del procedimento amministrativo che, nonostante le immancabili critiche, è più perfetto di quelli esistenti in Stati « a regime amministrativo » quali la Spagna, l'Austria, la Cecoslovacchia, la Polonia, la Jugoslavia.

Ed è perciò che senza bisogno di riecheggiare gli argomenti illustrati, nella dottrina straniera, da Maestri come Oetker, Merkl, Spiegel, Herrniritt, Mannlicher, Coreht, Comorzynski-Oszczynski, Meister, Graffenstein, Robson, Gellhorn, Langrod, Gascon y Marin, Villanova, ci rendiamo conto di quanto sia auspicabile che in tutti i Paesi un codice di procedura amministrativa stabilisca inderogabili norme per gli atti ed il procedimento e si ponga come tassativa garanzia per i cittadini ed insieme, con-

tenendo il dilagare dei ricorsi giurisdizionali, come garanzia per tutta l'attività della pubblica Amministrazione.

È al legislatore, infatti, ed al legislatore soltanto, che spetta di dire se le forme sono essenziali o non essenziali; e la pronuncia giurisdizionale di illegittimità formale non deve poter tenere luogo della legge ma, comunque possa avere effetto sulle determinazioni amministrative, deve costituire essenzialmente una implicita pronuncia di responsabilità a carico degli amministratori che compromisero l'Amministrazione operando contro o non nei limiti e condizioni — cioè contro o fuori le forme — imposti alla condotta amministrativa dalla legge imperante.

3. In Italia, ove non v'è alcun codice di procedura amministrativa, l'Amministrazione non deve soltanto interpretare o pronunciare il diritto, ma deve sovvenire alle lacune delle norme che regolano i multiformi ed infiniti rapporti fra essa stessa ed i cittadini. L'Amministrazione, nell'emanare un atto, si trova ad ogni piè sospinto senza guida di norme, con la stessa probabilità di attuare il meglio o di attuare il peggio, dinanzi a casi cui sono in misura più o meno grave legati interessi nazionali, a contatto della esigente presenza politica dei ministri, sottoposta a controlli e gravata di responsabilità dinanzi a giurisdizioni speciali amministrative la cui alta competenza particolare sta a confermare quanto sia ardua la condotta attiva dell'Amministrazione stessa.

Occorre quindi considerare quali atteggiamenti abbiano assunto di fronte alla *formalità*, dottrina e giurisprudenza.

Attingendo a parte della dottrina, ricorderemo sinteticamente: per Ragnisco ogni formalità imposta dalla legge deve, in tema di diritto pubblico, ritenersi richiesta a pena di nullità ⁽¹⁶⁾ e non può ammettersi alcuna distinzione tra formalità essenziali e non essenziali. E così pure per Silvio Trentin le

⁽¹⁶⁾ Vedi: *Il Foro It.*, 1907, III, 301.

formalità in materia amministrativa debbono ritenersi a pena di nullità, senza bisogno di dichiarazione espressa ⁽¹⁷⁾. Cammeo propende a ritenere impossibile distinguere tra formalità essenziale e non essenziale ⁽¹⁸⁾. Ingrosso pensa che se le forme non si osservano viene a mancare la prova legale che accerti la compiuta funzione dei singoli elementi integranti la volontà collettiva e perciò questa viene a perdere ogni contenuto logico e giuridico; lo stesso Autore sottolinea come le formalità compiano nel diritto pubblico un ufficio essenziale di gran lunga più importante che nel diritto privato ⁽¹⁹⁾. Per Vallecchi ogni forma è assolutamente necessaria per se stessa e sono invalidi tutti gli atti della Pubblica Amministrazione nei quali siano state omesse formalità di legge predisposte nell'interesse dei privati ⁽²⁰⁾. Chiovenda richiama l'attenzione sulla necessità delle forme, perchè non si cada nel disordine, confusione, incertezza ⁽²¹⁾. Per Porrini la diversa rilevanza delle forme rivelerebbe la differenza tra gli atti privati e pubblici dell'Amministrazione ⁽²²⁾.

Santi Romano pressocchè limita termini, condizioni e modi dell'atto di diritto pubblico alle dichiarazioni accessorie della dottrina privatistica ⁽²³⁾. Bodda considera fondamentali le norme relative alle forme ⁽²⁴⁾. Massimo Severo Giannini ammette, accanto agli elementi necessari, liberi elementi accidentali, per ciascuno dei quali si pongono distinte questioni, ma che dovrebbero essere intesi pubblicisticamente come articolazioni del contenuto della volontà ed operanti sull'efficacia dell'atto e non sulla sua validità ⁽²⁵⁾, e, dopo aver già affermato che chiarezza

(17) *L'atto Amministrativo*, Roma 1915, pag. 231.

(18) *Commentario*, I, Milano, s.d., pag. 163.

(19) Vedi: *Giurisprudenza It.*, 1908, IV, 356.

(20) Vedi: *Il Foro It.*, 1903, I, pag. 427.

(21) *Istit. Diritto Process. Civ.*, 1936, II, pag. 347.

(22) *Il Dig. It.*, IV, pag. 324.

(23) *Corso di Diritto Amministrativo*, 1937, pag. 262.

(24) *Diritto Amministrativo*, 1949, Torino, pag. 151.

(25) *Lez. di Dir. Amm.*, I, 1950, pag. 328.

e determinatezza debbano inerire all'atto amministrativo ⁽²⁶⁾, affronta col suo rigoroso e magistrale criterio scientifico la questione della necessità delle esternazioni nei provvedimenti e negli atti strumentali, e giunge a ripudiare nei primi l'alternativa privatistica delle forme *ab substantiam* o ad *probationem*, vigendo per il provvedimento amministrativo il principio della legalità ⁽²⁷⁾, mentre Fragola considera le forme come condizioni di estrinsecazione ^(27-bis). Lucifredi inserisce inevitabilmente il metodo pandettistico nei vincoli formali del diritto pubblico ⁽²⁸⁾, ritiene che la tripartizione degli elementi dei negozi giuridici — *essentialia*, *naturalia*, *accidentalia* — debba trapiantarsi dal diritto privato anche nella teoria generale degli atti giuridici di diritto pubblico e degli atti amministrativi in ispecie, e debba essere riferita non solo al contenuto degli atti, sicchè fra gli *essentialia negotii* dovrebbero classificare la forma solenne richiesta per gli atti dalla legge ^(28-bis), mentre Romanelli contrappone la forma al silenzio ⁽²⁹⁾. Riferiscono alla forma i concetti di nullità ed annullabilità, di invalidità totale e parziale G. Codacci Pisanelli ⁽³⁰⁾, G. Treves ⁽³¹⁾, e Ranelletti ⁽³²⁾, mentre Zanobini afferma recisamente che l'invalidità derivante da vizi di forma riguardanti o il presupposto, o il contenuto, o l'espres-

⁽²⁶⁾ *L'interpretazione dell'atto amm.*, Milano, 1939, pag. 367.

⁽²⁷⁾ *Lez.*, cit., pagg. 332 e segg.

^(27-bis) *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano 1942, pag. 135 e *Manuale*, Napoli, 1949, pag. 164.

⁽²⁸⁾ *L'atto amm. nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941.

^(28-bis) Spunti costruttivi per una teoria del contenuto degli atti amministrativi, in « Scritti giuridici in onore di Santi Romano », vol. II, pag. 77 (in cui è anche preannunciato analogo punto di vista nell'altro studio — allora in corso di pubblicazione nella *Riv. di Dir. Pubbl.* — dal titolo « Alcuni rilievi sulla distinzione fra forma e contenuto degli atti con particolare riguardo agli atti amministrativi »).

⁽²⁹⁾ *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, pag. 332.

⁽³⁰⁾ *L'annullamento degli atti amministrativi*, 1939, pag. 59 e 62.

⁽³¹⁾ *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova 1936, pag. 20.

⁽³²⁾ *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, pag. 55.

sione di volontà non può, di regola, essere eliminata dopo la perfezione dell'atto ⁽³³⁾. Presutti considera requisito di validità dell'atto amministrativo l'osservanza delle formalità e delle forme imposte dal diritto oggettivo ⁽³⁴⁾. Vitta sottolinea l'indipendenza dal diritto privato degli elementi accessori, generalmente vincolati, seguendo in ciò Bernatzik e Cammeo ⁽³⁵⁾, mentre Appennino parte dal presupposto del carattere privatistico degli elementi accidentali ⁽³⁶⁾. La Torre, invece, contrappone al principio privatistico della libertà delle forme l'opposto principio del diritto pubblico ⁽³⁷⁾ e così pure Ferraris parla delle forme regolate dal diritto pubblico come profondamente e naturalmente differenti da quelle regolate dal diritto privato ⁽³⁸⁾.

D'Alessio adotta le categorie della dottrina privatistica, appena affermando che la regola per cui gli atti amministrativi siano vincolati dall'obbligo delle forme soffre molte eccezioni ⁽³⁹⁾. Miele precisa come formale ogni specie di manifestazione per cui sia prescritta una data forma ⁽⁴⁰⁾, mentre anche Forti considera la forma come opposta al silenzio (forma tacita) ⁽⁴¹⁾, e Fagiolari ne sottolinea la generica necessità ⁽⁴²⁾. Silvestri ne richiama, invece, la necessità, osservando che nel concetto di forma, oltre che il modo di esternazione dell'atto, rientrano anche le condizioni di tempo e di luogo ⁽⁴³⁾. Sandulli concorda con tale concetto di forma, vi comprende, anzi, tutte le modalità prescritte pel compimento dell'atto, ma ritiene che i vari fattori che costi-

(33) *Corso di Dir. Amm.*, Milano, 1947, I, pag. 239.

(34) *Istituzioni*, Messina 1931, pag. 165.

(35) *Diritto Amministrativo*, Torino 1932, I, pag. 337.

(36) *Sistema di Diritto Amministrativo scientifico*, Roma, 1931, pag. 169.

(37) *Nozioni di Diritto Amministrativo*, Roma, 1938, pag. 244.

(38) *Diritto Amministrativo*, Padova, 1922, pag. 270.

(39) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino 1949, II, pag. 211.

(40) *Principi di Diritto Amministrativo*, Pisa, 1945.

(41) *Diritto Amministrativo*, Napoli 1934, II, pag. 147.

(42) Vedi: *Studi in occasione del Centenario del Consiglio di Stato*, 1931, III, pag. 32-52.

(43) *Alcune osservaz. sul luogo degli atti del dir. pubbl.*, in *Rass. di Dir. Pubbl.*, 1947.

tuiscono la forma non incidano sull'esistenza dell'atto se non soltanto quando, rarissimamente, la manifestazione in una data forma sia prescritta *inderogabilmente* per tutti gli elementi dell'atto, e che generalmente ciò accada solo per il contenuto e l'oggetto e per l'autorità agente ⁽⁴⁴⁾. Mentre la dottrina dominante, nell'ammettere che le forme, nel campo del diritto pubblico assumano importanza ben maggiore che non nel campo del diritto privato ritiene di dover imputare ciò al differente procedimento di formazione della determinazione volitiva, Alessi ha acutamente rilevato, di recente, che tale preminenza nel diritto pubblico scaturisce, invece, dalla *funzione di garanzia* che le forme sono chiamate ad esercitare ^(44-bis). Resta ammonisce che si deve ben distinguere la struttura dell'atto dalla forma di esso, essendo la forma uno degli elementi di individualizzazione di un atto giuridico e la struttura un elemento per la identificazione di un determinato effetto giuridico; nega la formula liberistica poichè la forma rappresenta lo strumento che la norma pone al servizio della volontà ed è perciò preordinata alle volontà dei soggetti; afferma che un atto mancante di determinazione formale non potrebbe considerarsi giuridico; ammette l'esistenza di forme vincolate e forme discrezionali chiarendo che, essendo implicita nella discrezionalità la sussistenza di un limite, il limite della discrezionalità della forma è costituito dalla causa giuridica dell'atto, cioè dalla necessità che la forma sia adeguata alla causa ⁽⁴⁵⁾.

4. Lo studio della giurisprudenza ci lascia perplessi: se costante è l'atteggiamento della Corte dei Conti, vario invece è l'indirizzo delle pronunce del Consiglio di Stato.

La Corte dei Conti, infatti, è sempre stata severissima nel

⁽⁴⁴⁾ *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1952, pagg. 124, 214.

^(44-bis) *Sistema ist. del Dir. Amm.*, Milano, 1953, pagg. 255 e segg.

⁽⁴⁵⁾ *Studi sulla teoria generale degli atti amministrativi: La revoca*, Bari, 1948, pagg. 173, 176.

suo controllo della forma degli atti, considerandolo — giustamente — ispirato a suprema esigenza costituzionale ⁽⁴⁶⁾; soltanto in gravissimi contrasti tra la legge ed il pubblico interesse è stata adottata dalla Corte una soluzione di compromesso, sempre però denunciata al Parlamento ⁽⁴⁷⁾. Inoltre la Corte ha frequentissimamente richiamato l'Amministrazione sull'*importanza sostanziale di irregolarità apparentemente formali* ⁽⁴⁸⁾.

Il Consiglio di Stato ci offre, invece, un groviglio di opinioni — documentato in nota ⁽⁴⁹⁾ — che dimostra quanto negli ultimi

⁽⁴⁶⁾ Vedi, principalmente la Relazione al Parlamento 1904, pag. 103 e fra tutte le altre, quella 1947-50, pag. 25 e segg.

⁽⁴⁷⁾ Vedi Relaz. al Parlamento, 1909, pag. 11, 121, 122; Rel. 1922, pag. 116.

⁽⁴⁸⁾ Per citare un esempio classico — ed insieme storico — ricorderemo che, come risulta dalla relazione del 1901, pag. 122, la Corte insistette a richiedere che fosse inserita la formula « *Ordiniamo ecc.* », e quella della pubblicazione, nel testo di un R. Decreto relativo alla dichiarazione su piede di guerra delle forze di terra e di mare operanti nei mari e negli Stati sottoposti all'Imperatore di Cina, a Nord del 22° parallelo di latitudine: e tale richiesta fu fatta sia a causa dell'importanza del provvedimento in se stesso — contenendo esso l'implicita dichiarazione di guerra — sia per le conseguenze che ne sarebbero derivate ai membri della spedizione, per quanto avesse tratto alle norme disciplinari, alla giustizia militare, all'avanzamento ed ai diritti pensionistici.

Come potrebbe dirsi che in questo caso la formalità, richiesta dalla Corte, non s'identificava con la sostanza del provvedimento?

⁽⁴⁹⁾ 1901. — L'eccesso di potere (contraddittorietà) deve cadere in circostanze le quali abbiano decisamente influito sulla sostanza della risoluzione impugnata (Sez. IV; 14 giugno 1901, n. 299; G. A. 1901, I, 344).

1902. — L'erronea citazione di norme non applicabili al caso non implica nullità (Sez. IV; 12 settembre 1902, n. 499; G. A. I, 590).

1905. — Provvedimento giusto nella sostanza, errato od incompleto nella motivazione: rigetto (Sez. IV; 17 novembre 1905, n. 472; G. A. I, 522).

1906. — L'autorità amministrativa ha facoltà di rettificare o modificare i propri provvedimenti contenenti qualche errore materiale di fatto, anche se tali provvedimenti sono stati partecipati alle parti interessate (Sez. IV; 16 novembre 1906, n. 524; G. A. I, 521).

1907. — Risposta non dettagliata (Sez. IV; 31 dicembre 1907, n. 32; G. A. I, 624). Erroneità dei dati di fatto su cui poggiano gli atti; eccesso (Sez. IV, 22 novembre 1907, n. 469; G. A. I, 619).

1909. — L'Amministrazione non può rifare l'atto annullato negli stessi termini, con lo stesso contenuto e nello stesso modo di prima (Sez. IV; 2 aprile 1909, n. 111; G. A. I, 135).

Vi è eccesso di potere allorché l'atto risulti appoggiato a dati di fatto manifestamente erronei ed insufficienti, non quando lo si voglia scaturire da più o

cinquant'anni sia stata tormentata l'elaborazione giurisprudenziale in così delicato settore.

meno esatta estimazione e valutazione dei dati di fatto acquisiti dalla vertenza (Sez. IV; 3 maggio 1909, n. 218 G. A. I, 174).

1910. — Errore e richiamo di articolo per ordinanza emanata in base ad altro rigetto (Sez. V; 4 novembre 1910, n. 438; G. A. I, 596).

1911. — Data del ricorso gerarchico. Ininfluenza. Suppletività (Sez. IV; 5 maggio 1911, n. 285; G. A. I, 180).

L'accenno inesatto di un articolo di legge non costituisce motivo di nullità di una pronunzia dell'autorità amministrativa e tanto meno quando la emessa pronunzia enuncia la ragione del ritenuto apprezzamento indipendentemente dalla citazione dell'articolo medesimo (Sez. V, 27 ottobre 1911, n. 465; G. A. I, 431).

1912. — Richiamo superfluo; rigetto (Sez. V, 7 giugno 1912, n. 277; G. A. I, 231).

Non è prescritto alcun modo speciale per indicare la data; ove però, oltre la indicazione del mese, anno e giorno numerico sia aggiunta anche l'indicazione della settimana e vi sia sconcordanza tra questa ultima indicazione e il numero del giorno, in tal caso deve ritenersi errato tutto il complesso della data e deve preferirsi la indicazione che rechi minor danno a colui che dell'atto intende avvalersi, a meno che non sia provato che l'interessato abbia avuto tutto il tempo possibile per rilevare l'equivoco e fare accertare tempestivamente la data precisa (Sez. IV, 15 novembre 1912, n. 415; G. A. I, 605).

1913. — Influenza della indicazione della superficie da irrigare (Sez. IV, 24 gennaio 1913, n. 20; G. A. I, 2).

1914. — Locuzione errata; non influenza decisiva ed assorbente (Sez. IV, 10 gennaio 1914, n. 9; G. A. I, 9).

Firma del Ministro; necessaria per gli atti dell'ordine costituzionale ma non per quelli spettanti al Ministro nella qualità di capo gerarchico di una branca dell'Amministrazione dello Stato (Sez. IV, 13 marzo 1914, n. 86; G. A. I, 127).

È viziata di nullità, per incertezza dell'oggetto dell'atto, una ordinanza che, nell'imporre di ridurre in pristino uno stato di cose contrario alla legge, non precisi gli estremi essenziali della fatta ingiunzione (Sez. V, 17 aprile 1914, n. 209; G. A. I, 220).

Di regola e salvo speciali e tassative disposizioni in contrario, i provvedimenti governativi possono assumere la forma di semplici note ministeriali, specie quando si tratti di provvedimenti negativi, quand'anche per i relativi provvedimenti positivi sia richiesta la forma del decreto reale e ministeriale (Sez. IV, 6 novembre 1914, n. 415; G. A. I, 487).

Errata considerazione; altre, esatte ed assorbenti; rigetto (Sez. IV, 6 novembre 1914, n. 415; G. A. I, 488).

A togliere ad un provvedimento il suo reale carattere non ha alcun valore il fatto di essersi in esso fatta erronea menzione di un articolo di legge alla specie inapplicabile (Sez. V, 11 settembre 1914, n. 449; G. A. I, 503).

Il fatto di essersi omessa dalla Pubblica Autorità l'osservanza di una disposizione di legge, non può valere come argomento per caratterizzare la natura

5. Atto amministrativo è la manifestazione di volontà della pubblica Amministrazione effettuata nell'esercizio della

del provvedimento da quella Autorità emanato in contravvenzione alla legge (Sez. V, 6 novembre 1914, n. 493; *G. A. I.*, 528).

1915. — Bollo; irregolarità; ininfluenza (Sez. V, 6 novembre 1915, n. 255; *G. A. I.*, 360).

L'atto è sempre emandabile dalla stessa Autorità (Sez. IV, 2 luglio 1915, n. 279, *G. A. I.*, 461).

Non è necessario indicare gli atti presi in esame (Sez. IV, 26 novembre 1915, n. 461; *G. A. I.*, 596).

1916. — Non ogni e qualsiasi inesattezza di dati può condurre all'annullamento ma solo quell'errore che abbia per oggetto una circostanza di fatto essenziale e decisiva (Sez. IV, 4 febbraio 1916, n. 14; *G. A. I.*, 1).

1917-18. — Gli atti non riguardanti spese sono eseguibili prima della loro registrazione alla Corte dei Conti (Sez. IV, 3 novembre 1917, n. 379; *G. A. I.*, 352; Sez. IV, 30 dicembre 1918, n. 457; *G. A. I.*, 401).

È viziato da eccesso di potere il provvedimento emesso in base ad un erroneo presupposto di diritto, che abbia indotto l'Amministrazione a fare un apprezzamento diverso da quello che avrebbe potuto fare se quell'errore non si fosse verificato (Sez. IV, 29 gennaio 1918, n. 26; *G. A. I.*, 13).

1919. — Annullato dalla IV sez. un provvedimento, l'Amministrazione pubblica può, eliminato il motivo per cui l'annullamento ebbe luogo, emanare un nuovo provvedimento simile, ma non può a questo dare effetto retroattivo; a meno che si tratti di condurre il provvedimento a quella che è anche per il tempo la norma esplicita di legge o il presupposto logico di tale norma (Sez. IV, 21 febbraio 1919, n. 48; *G. A. I.*, 137).

1922. — L'errore di fatto, per essere causa di nullità, deve colpire non un qualunque elemento, anche se è occasionale o accidentale, ma l'essenza giuridica dell'atto amministrativo (Sez. IV, 3 febbraio 1922, n. 32, *G. A. I.*, 34).

1927. — Nel metodo dell'asta pubblica l'adempimento della prescrizione della lettura delle offerte, appunto perchè la lettura è uno dei mezzi più congrui per la realizzazione della pubblicità della gara, è essenziale, al fine di garantire di fronte alla generalità la correttezza e regolarità del procedimento (Sez. IV, 12 gennaio 1927, n. 11; *Riv. Dir.*, II, 94).

L'omissione di notifica non può importare la irrevocabilità del ricorso, quando si consideri la specialità del caso, il non chiaro sistema della legge e, soprattutto, la inesatta nomenclatura di essa ecc. (Sez. V, 20 maggio 1927, n. 259; *Riv. Dir. P.* II, 353).

1928. — Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato in a. g., salvi i casi tassativamente previsti dalla legge, una volta annullato un provvedimento qualsiasi non è lecito all'Amministrazione di farlo rivivere, dando forza retroattiva al nuovo provvedimento, recando così un danno al ricorrente, il quale ha diritto di considerarsi legittimamente in servizio fino a quando la dispensa non sia pronunciata nelle forme previste (Sez. IV, 22 giugno 1928, n. 456; *Riv. Dir. P.* II, 262).

1929. — Se è lecito all'Amministrazione ripetere un provvedimento annul-

attività amministrativa e nelle forme stabilite dalla legge, giacchè tutti i poteri ed i doveri dell'Amministrazione sono poteri

lato basandosi sopra una motivazione diversa non può peraltro il nuovo provvedimento retrodatarsi alla stessa epoca del primo (Sez. IV, 13 luglio 1929, n. 447; *Riv. Dir. P.* II, 438).

Prettamente viene escluso dal concorso ad un impiego comunale un candidato il quale esibisce un certificato rilasciato da un segretario della Procura di un tribunale, la cui firma non sia stata legalizzata (Sez. V, 2 marzo 1929, n. 117; *Riv. Dir. P.* II, 126).

Agli effetti del R. D. L. 9 febbraio 1926, n. 202 non è da fare alcuna distinzione fra l'annullamento dell'atto per vizi formali e procedurali e l'annullamento per vizi intrinseci e sostanziali (Sez. IV, 13 dicembre 1929, n. 655; *Riv. Dir. P.* 1930, 84).

Libretto personale; elementi rilevanti ed irrilevanti (Sez. IV, 13 dicembre 1929, n. 658; *Riv. Dir. P.* 1930, 84).

1933. — Non è dubbio che l'errore sulla sostanza, che è causa di nullità anche per i negozi giuridici di diritto privato, produca invalidità degli atti amministrativi, nei quali l'errore è oggetto di maggiore considerazione (Sez. IV, 24 novembre 1933, n. 475; *Riv. Dir. P.* 1934, 84).

1934. — L'obbligo della motivazione previsto dall'art. 3 della legge 20 marzo 1865 all. E non si riferisce a tutti gli atti amministrativi, ma alle sole decisioni contenziose (Sez. IV, 4 aprile 1934, n. 174; *Foro Amm.* I, I, 163).

1936. — Erroneo richiamo di una disposizione legislativa. Irrilevanza (Sez. V, 18 novembre 1936, n. 1047; *Riv. Dir. P.* 1937, 26).

1937. — È irrilevante la circostanza che un decreto prefettizio che colloca a riposo d'ufficio un segretario comunale, manchi di data, quando lo stesso decreto indica la data di decorrenza del collocamento a riposo (Sez. V, 8 giugno 1937, n. 769; *Riv. Dir. P.* 527).

1940. — Irrilevanza dell'erronea o inesatta enunciazione di disposizioni di legge (Sez. V, 21 giugno 1940; *Riv. Dir. P.* 1940, II; citata in *Riv. Dir. P.* 1943, II, pagina 259, nota).

Sussiste senza dubbio un obbligo morale dell'Amministrazione o comunque una sua facoltà discrezionale di riesaminare in qualsiasi tempo gli eventuali errori, anche iniziali, in cui sia incorsa nei propri provvedimenti e di correggerli, con l'unico limite di un'equa valutazione dei diritti che risultassero nel frattempo legittimamente acquisiti da terzi (Sez. IV, 15 ottobre 1940, n. 479; *Riv. Dir. P.* 1941, II, 79).

Non è viziato l'atto amministrativo condizionato al parere favorevole di un competente corpo consultivo, se nell'atto stesso sia solo riferita l'esistenza del parere, senza indicazione se il parere sia stato o meno favorevole (Cass. Sez. Un., 17 luglio 1940, n. 2409; *Riv. Dir. P.* 1941, II, 86).

1946. — Allorchè è obbligatorio il parere, vincolante o meno, di altro organo per la emissione di un atto amministrativo, tale parere costituisce elemento di legittimità del processo formativo dell'atto, onde la sua mancanza comporta la

e doveri *formali*; l'atto amministrativo è *formale* in quanto attuazione di legge, così come non possono che essere formali le

illegittimità dell'atto stesso (Cass. I Sez. Civ. 14 gennaio 1946, n. 26; *Riv. Dir. P.* 1944, 1945, 1946, II, 320).

È nulla la decisione della G. P. A. emanata in sede di ricorso gerarchico improprio, quando non sia stata estesa per iscritto (Sez. V, 5 luglio 1946, n. 219; *Riv. Dir. P.* 1944-45-46, II, 228).

1948. — Non implica invalidità dell'atto l'enunciazione erronea o comunque inesatta di disposizioni di legge quando l'atto stesso si presenti regolare nei suoi elementi sostanziali e formali e non cada dubbio sull'esercizio concreto della potestà usata (Sez. V, 9 aprile 1948, n. 212; *Riv. Dir. P.* II, 258).

La data dell'atto è un elemento di forma e la sua mancanza può determinare l'annullamento dell'atto soltanto quando abbia particolare influenza sul procedimento logico o determinativo del provvedimento; essa non può considerarsi elemento essenziale dell'atto, se attenga a documento la cui presentazione non sia sottoposta a termine perentorio (Sez. IV, 27 luglio 1948, n. 364; *For. A.* 1949, I, I, 89).

1949. — La citazione di una norma diversa da quella che in via eccezionale consente l'emanazione di un atto amministrativo infirma la legittimità dell'atto medesimo (Sez. VI, 15 novembre 1949, n. 213; *Foro Amm.* 1950, I, III, 123).

Il provvedimento col quale l'Intendenza di Finanza, quale autorità preposta alla tutela dei beni demaniali ordina lo sgombero di un locale demaniale abusivamente occupato, è legittimo, anche se in esso fu erroneamente richiamato l'art. 7 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (Cons. di Giust. Amm. Sic., 15 marzo 1949, n. 38; *Riv. Dir. P.* 1949, II, 835).

Il principio che gli atti posti in essere da un funzionario di fatto hanno nei confronti di terzi rilevanza non solo formale ma anche sostanziale, è applicabile solo a quei provvedimenti che, per natura e finalità, riguardano i terzi con efficacia immediata e diretta, perchè solo in questo caso possono ravvisarsi sussistenti quelle speciali ragioni di ordine esterno che condizionano l'applicabilità del principio (Sez. IV, 13 aprile 1949, n. 145; *Foro A.* I, I, 299).

1950. — Ove il vizio intacchi isolatamente una parte dell'atto, l'annullamento deve colpire la sola parte viziata, salvo che il carattere di indivisibilità del provvedimento renda impossibile l'annullamento parziale di esso (Sez. V, 6 ottobre 1950, n. 1022; *Foro A.* 1951, I, II, 33).

La citazione, nella premessa, di un fatto in ipotesi non sussistente non vizia il provvedimento amministrativo quando questi presenti idonea corrispondenza tra le altre premesse e il dispositivo, ed appaia manifesta l'irrilevanza del fatto in ipotesi insussistente (Sez. IV, 20 settembre 1950, n. 477; *Foro Amm.* 1951, I, I, 52).

1951. — Non è viziato l'atto di cui siano erronee alcune premesse di fatto che non hanno peraltro influito sulla sua emanazione (Sez. IV, 28 agosto 1951, n. 565; *Foro Amm.* 1951, I, I, 461).

La nullità di un atto amministrativo si ha solo quando manca in modo assoluto di uno dei suoi elementi essenziali (competenza dell'organo, causa, oggetto, dichiarazione di volontà, ecc.) così da doversi ravvisare inesistente giuri-

norme giuridiche che organizzano l'Amministrazione e fondano obblighi e facoltà dell'Amministrazione stessa ai fini dell'attuazione del diritto.

E l'attività amministrativa non è certamente forma *esteriore* ma è forma anche in quanto esprime una sostanza, perchè tale attività ha sempre un intrinseco contenuto: talchè l'atto amministrativo formale deve considerarsi sotto l'aspetto esterno e sotto l'aspetto interno, ma, sia nella esteriorità dell'estrinsecazione, sia nei suoi elementi sostanziali, l'atto è sempre ed in ogni caso *formale* perchè ogni esercizio di diritto, ed ogni osservanza di doveri da parte e nei confronti dell'Amministrazione è sempre dalla legge ricollegato all'osservanza di precetti giuridici da cui si desumono tanto i vizi di cosiddetta sostanza quanto quelli di cosiddetta forma dell'atto amministrativo. Per cercare di concretizzare il nostro pensiero vediamo gli atti secondo le categorie di Waline ⁽⁵⁰⁾ e cioè secondo 1) l'*oggetto*; 2) la *causa*; 3) la *pura forma*. Ed osserveremo:

1) Quanto all'*oggetto* vi sono a) limiti positivi, b) limiti negativi.

a) I limiti positivi si risolvono nelle questioni di competenza che sono implicitamente attinenti alla forma.

b) I limiti negativi si risolvono, invece, nell'affermazione della competenza ma nel divieto di procedere in mancanza di talune formalità legali; ed anche qui siamo nel campo delle forme.

Per l'*oggetto*, dunque, non possiamo che rimanere in pieno formalismo (che si pone come sostanziale).

2) Quanto alla *causa*, e cioè al fondamento ed alla giu-

dicamente; altrimenti l'atto è soltanto annullabile (Sez. V, 6 luglio 1951, n. 636; *Foro Amm.* 1951, I, 1, 273).

Le formalità concernenti la notificazione o pubblicazione dei provvedimenti amministrativi non possono influire sulla loro legittimità ma possono riguardare l'inizio del termine per la proposizione dei gravami giurisdizionali (Sez. VI, 23 aprile 1951, n. 177; *Foro Amm.* 1951, I, III, 217).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Traité*, 1950, pag. 124.

stificazione legale dell'atto, interviene un complesso di fatti e di atti (condizioni, termini, modi) da non considerarsi elementi formali di carattere secondario dell'atto, bensì da considerarsi, se richiesti dall'ordinamento giuridico, *essenziali*. Di qui la differenza tra il diritto pubblico e il privato: nel diritto pubblico la causa tipica, il fondamento legale, comprende originariamente ed inizialmente tutto intero il bagaglio condizionale, modale, terminale al cui binario l'Amministrazione è assolutamente obbligata e tenuta. Occorrerà vedere di volta in volta l'esistenza di condizioni come la gravità, l'urgenza, l'onestà, la morale, la pericolosità, la probità, la monumentalità; e queste sono formalità conoscibili, nella loro essenza, anche da parte del magistrato amministrativo e restano formalità essenziali, ben distinte da quelli che in diritto privato sono gli elementi accidentali del negozio giuridico, e che diventano intollerabili se non sono conformi alla legge ed al pubblico interesse. Perfino il silenzio ci pare possa essere inteso come una formalità regolata nel come e nel quando.

3) Quanto al fine generale dell'interesse pubblico e speciale della norma, ci pare che ogni frode alla logica ed alle forme legali possa costituire un'aberrazione ed un allontanamento dell'Amministrazione dal fine stesso. E perciò qui ancora troviamo le forme.

4) Quanto alla forma pura, alla veste formale cioè, ci pare che essa si riduca alla compilazione, alla stesura, all'ortografia e morfologia grammaticale, all'articolazione, all'esattezza di forma e di riporti, e che si possa far rientrare in essa, la data, la citazione di dati e di norme, l'esplicazione e chiarezza dei motivi e dei fini.

6. Così inquadrato il nostro campo, possiamo dire che la nostra dottrina e giurisprudenza hanno, generalmente, visto la forma soprattutto come veste sotto cui l'atto si presenta nel mondo esterno e, come tale l'hanno quasi concordemente rite-

nuta elemento essenziale dell'atto, nel senso che l'atto non potrebbe dirsi esistente in mancanza di una manifestazione esteriore o nel caso in cui la manifestazione non potesse riferirsi all'agente cui l'atto dovrebbe essere attribuito. Ma, pressocchè univoche sino all'affermazione che da ciò non può dedursi che l'atto amministrativo debba necessariamente avere sempre una determinata forma, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno poi presentato frequente divario fra i sostenitori delle libertà delle forme ed i sostenitori del vincolo formale, per quanto tale antitesi di opinione, sia stata, per la verità, attenuata dal gran numero di eccezioni che dall'una e dall'altra parte sono state addotte in deroga ai rispettivi principi.

La formula liberistica, comunque, anche per quanto attiene all'esternazione, già da tempo è apparsa troppo fragile ed a nostro avviso, infatti, non poteva reggere alla considerazione che mentre la volontà intanto è rilevante per il diritto in quanto si rivesta di una determinata forma, all'uopo predisposta dal diritto, la forma è appunto prevista dalla norma per dare un *corpus* alla volontà dell'Amministrazione, e rappresenta, quindi, lo strumento posto a servizio della volontà di questa per il raggiungimento dello scopo che essa persegue.

È quindi appunto la determinazione formale che permette di qualificare giuridico l'atto della pubblica Amministrazione.

Ma vi sono casi in cui forme particolari vengono esplicitamente prescritte *ad substantiam* dalla norma (forme vincolate) — e quindi quel determinato scopo cui l'atto dovrebbe tendere non può raggiungersi se non con un atto rivestito da una determinata forma — ed altri casi per cui, mancando tale diretta ed esplicita determinazione formale, ci pare che piuttosto d'invocare la regola privatistica delle libertà delle forme, debba invece considerarsi sempre implicita una determinazione indiretta, per il fatto che la norma lascerebbe alla volontà un margine di discrezionalità nella scelta della forma da dare all'atto per il raggiungimento di un determinato scopo (forme discrezionali).

Discrezionalità è però ben altra cosa che libertà, e lungi dal significare che l'atto può essere emanato in qualsiasi forma, presuppone apposizione di un limite entro il quale la volontà può scegliere: limite che, per la forma, è costituito, appunto, dalla causa giuridica dell'atto cui deve adeguarsi, talchè può dirsi sussistere sempre un rapporto costante fra i due termini del binomio forma-causa.

Ne consegue che allorquando l'ordinamento richieda *ad substantiam* che un certo atto amministrativo si estrinsechi in un certo modo nel mondo esterno, la mancanza di quel modo produrrà l'inesistenza dell'atto; ma anche che allorquando la norma non abbia imposto alcuna forma specificatamente determinata l'atto potrà pur sempre essere suscettibile di impugnazione per vizio di forma: verrebbe a configurarsi, infatti, tale vizio tutte le volte che il soggetto avesse male usato del potere discrezionale attribuitogli per la determinazione della forma in relazione alla causa dell'atto.

Ricorrerebbe, così, l'ipotesi di «violazione di legge» ove non fosse osservata una forma direttamente prescritta *ad substantiam*, e l'ipotesi di «eccesso di potere» ove la forma non fosse esplicitamente determinata dalla norma.

Tutte queste argomentazioni non possono non apparire ancora più pressanti in vista dell'estensione e della portata che, al paragrafo precedente, abbiamo ricordato spettare al concetto di «forma»; concetto che largamente trascende, comprendendolo, quello della «forma pura» e che investe anche l'oggetto, la causa e il fine.

Ma, proprio perciò, dobbiamo confessare di non vedere come e perchè debba ammettersi alcuna discriminazione fra tutte le forme, massime o minime, comunque prescritte esplicitamente dalla norma, anche se gran parte della dottrina e della giurisprudenza hanno voluto distinguere quelle accompagnate dalla sanzione di nullità in caso di inosservanza da quelle non espressamente accompagnate da tale comminatoria.

Ci pare, infatti, che costituendo sempre la violazione di legge — intesa in senso stretto — un vizio specifico degli atti amministrativi (art. 26 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 e art. 2 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1058) non è necessario che le prescrizioni formali siano munite di alcuna comminatoria di nullità, essendo sempre tale comminatoria implicita nella natura del vizio che viene a configurarsi per l'inosservanza della forma.

Ove il legislatore ne ha fatto menzione, non ha, perciò, fatto altro che gratificare qualche disposizione di un rafforzativo che, come le ripetizioni, abbonda, spesso nella nostra legislazione.

E per queste considerazioni ci pare ripugni al diritto pubblico la regola fissata per il diritto privato dall'art. 156 del cod. proc. civ.

7. Vorremmo, anzi, prenderci la libertà di dire che di fronte al modesto corpo di diritti soggettivi — in gran parte edificato dalla dottrina, in favore dei singoli, sulla base del concetto individualistico delle pandette — sta l'enorme ordinamento giuridico obbiettivo, compresi i codici delle pandette, e che in sostanza tutte queste leggi dello Stato sono essenzialmente ordini e risoluzioni generali ed impegnativi commessi all'Amministrazione.

Ogni legge termina e si avvale, infatti, della formula esecutiva, dettata all'Amministrazione.

Sotto questo profilo ci pare di poter vedere l'ordinamento giuridico quasi come un enorme codice organico degli ordini commessi ai funzionari dell'Amministrazione. Ordini a volte relativi a modeste formalità che pur costituiscono il mondo fisiologico del diritto, ove, contrariamente alle vecchie dottrine organicistiche, niente si trova già fatto, come nella biologia, ma tutto è da creare.

Un tale codice organico può apparire, ed appare a volte, *formale* di fronte al corpo delle leggi conferenti diritti sogget-

tivi che apparirebbe *sostanziale*, ma non per ciò, in realtà, può ammettersi alcuna priorità della pandetta a danno delle leggi organiche, delle leggi cioè che mantengono la coordinazione burocratica e fanno esplicitare e svolgere l'ordinata vita dello Stato, condizione e luogo per la stessa esistenza e tutela dei diritti soggettivi.

L'importanza della coordinazione formale delle gerarchie, delle competenze, delle procedure organiche e dei relativi limiti e condizioni interessa la stessa vita e vitalità dello Stato: di fronte a tale coordinazione, estremamente sostanziale per chi bene osservi le condizioni per la costruzione, l'edificazione ed il mantenimento dello Stato, le categorie dottrinali dei diritti soggettivi appaiono come appartenenti — ci si passi l'espressione — alla preistoria del diritto pandettistico ed egolatra.

L'ordinamento giuridico, ad un dato livello storico, ci pare rappresenti il coordinamento sociale affidato all'Amministrazione mediante ordini intrasgressibili. Ordini, quindi, che appaiono formali ma sono sempre sostanziali. Non troviamo più in questo nuovo mondo giuridico l'interesse egoistico come fine, ma come occasione, giacchè l'ultima finalità è l'interesse collettivo, e soltanto in vista dell'interesse di tutti noi troviamo l'occasione di accorgerci dell'interesse del singolo. L'ideale sociale presiede alla costituzione dello Stato ed all'ordinamento giuridico che ne scaturisce e cioè a quella composizione organica dell'amministrazione operante e diretta a trasformare, sotto forme di condizioni e limiti, la formula singolaristica in quella, più evoluta, collettivistica, della pluralità.

Tutte le forme e gli accorgimenti di diritto pubblico, anche i più umili, restano così, secondo noi, vitali per il regolare funzionamento dell'Amministrazione, e perciò per lo Stato e per la collettività dei cittadini. A noi, infatti, non importa essenzialmente se il singolo abbia o non abbia soddisfazione, giacchè questi fu facoltizzato a denunciare la presunta illegalità dell'atto amministrativo appunto per l'interesse che tutti abbiamo a ve-

dere ordinata e funzionante, entro i limiti e le condizioni di legge, la pubblica Amministrazione; e tanto il severo controllo della Corte dei Conti, quanto il giudizio del Consiglio di Stato sotto la spinta dell'interesse individuale, devono tendere a garantire di fronte a tutte le leggi dello Stato il normale e timorato sviluppo della condotta amministrativa nell'ambito delle forme organiche.

È perciò che ci sembra di poter pur con ogni cautela ritenere che *nella condotta dello Stato la forma è sostanza*, giacchè è posta sempre a garanzia del buon ordinamento dello Stato stesso ed a salvezza dei pubblici fini.

È perciò che noi riteniamo che se *tutti gli atti amministrativi sono formali* — nel senso che per ciascuno di essi è predeterminata una forma che nella maggior parte dei casi è imposta come vincolo cui la volontà non può assolutamente sottrarsi, mentre nei rimanenti casi la norma lascia al soggetto un margine di discrezionalità nella scelta delle forme che meglio si adeguano alla causa giuridica dell'atto — *ogni volta che le forme sono predeterminate dalla norma esse restano necessarie e sostanziali* e la loro mancanza rende invalido e *fa mancare l'atto*, senza possibilità di equipollenti; se, invece, le forme non sono dettate dall'ordinamento, quelle adottate devono non essere contrarie alle leggi, alla logica, al fine pubblico e devono approssimarsi il più possibile a quelle forme tipiche legali stabilite dalla norma.

È perciò, infine, che noi preferiremmo non vedere alcun consesso giudicante investito della potestà di effettuare una distinzione fra forme essenziali e forme non essenziali ove forme, pur minime, siano prescritte dalla legge, giacchè tale distinzione rientra nei poteri spettanti solo al legislatore; preferiremmo piuttosto poter dire che l'atto amministrativo, comunque, deve essere perfetto in ogni sua parte, giacchè in ogni sua parte mantiene la presunzione di legalità *iuris tantum* ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Vedi Cass. S.U., Sent. 6 agosto 1935, n. 3293, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1936, II, 98.

Mentre quindi conveniamo sulla necessità che, ove la forma non sia esplicitamente prescritta, rientra nell'interpretazione del magistrato — sia in sede di controllo sia in sede contenziosa — con la ricerca del limite della discrezionalità della forma anche l'indagine sulla forma tipica normale che ne costituisce la pratica estrinsecazione e serve da termine di paragone per gli equipollenti, ci permettiamo di far voti che almeno nei confronti delle forme prescritte dalla norma, le pandette, con la loro distinzione fra nullità ed annullabilità degli atti compiuti dai privati, comincino ad essere estromesse dal diritto pubblico e cessino d'essere applicate all'atto amministrativo che è estrinsecato da quello stesso Stato che in altre sedi fa le leggi e le sentenze.

Frattanto, lasciare in vita gli effetti di un atto amministrativo riconosciuto invalido nella forma, sino alla sua sostituzione, ci pare significherebbe attentare al mondo fisiologico del diritto, compromettere i dettami della collettività, costituire un campo di disordine legiferato. Tanto più che è appena il caso di osservare che se un'invalidità formale costituisce oggetto di conflitto, tra privato ed Amministrazione, tale da rendere necessaria la pronuncia del magistrato, è segno che neppur trattasi di « pure forme minime » giacchè al difetto di queste ovvierebbe, molto semplicemente, la stessa Amministrazione — *de minimis non curat praetor* — evitando la contesa giurisdizionale.