

L'INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO

1. L'invalidità tra annullabilità e nullità. – 2. La natura "ibrida" della nullità. – 3. La nullità per carenza di elementi costitutivi del provvedimento. – 4. La nullità per difetto assoluto di attribuzione (carenza di potere). – 5. La nullità per violazione od elusione del giudicato. – 6. Le nullità comminate espressamente dalla legge. – 7. L'annullabilità del provvedimento amministrativo: annullabilità ed illegittimità. – 8. a) Illegittimità parziale; b) illegittimità successiva; c) illegittimità derivata; d) illegittimità per violazione del diritto dell'Unione europea. – 9. La tripartizione dei vizi di legittimità e il suo significato. – 10. La nascita dell'eccesso di potere: dallo straripamento di potere allo sviamento di potere. – 11. Dallo sviamento di potere alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere: l'allontanamento della giurisprudenza dalla dottrina. – 12. La teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione e l'elaborazione giurisprudenziale volta ad identificare regole concrete dell'azione amministrativa. – 13. Eccesso di potere, principi generali dell'attività amministrativa discrezionale e singole manifestazioni della figura. – 14. L'eccesso di potere come figura unitaria e le sue varie manifestazioni. – 15. Norma attributiva del potere e sviamento di potere. – 16. Gli strumenti a disposizione del giudice per la rilevazione del vizio: errore di fatto o travisamento. – 17. *Segue*: difetto d'istruttoria. – 18. *Segue*: difetto di motivazione. – 19. *Segue*: contraddittorietà o incompatibilità logica. – 20. *Segue*: violazione di norme interne. – 21. *Segue*: illogicità. – 22. *Segue*: perplessità. – 23. *Segue*: disparità di trattamento. – 24. *Segue*: manifesta ingiustizia. – 25. *Segue*: la violazione dei principi di ragionevolezza, logicità, proporzionalità e legittimo affidamento. – 26. L'incompetenza: la necessaria distinzione tra incompetenza relativa ed incompetenza assoluta. – 27. Il particolare regime giuridico dell'incompetenza. – 28. La violazione di legge come vizio a carattere residuale oppure a carattere onnicomprensivo. – 29. Vizi meramente formali e vizi sostanziali di forma. – 30. Non annullabilità dei vizi formali irrilevanti tra irregolarità, raggiungimento dello scopo ed illegittimità. – 31. I vizi di merito e l'imprescindibile confronto con i vizi di legittimità.

1 **L'invalidità tra annullabilità e nullità**

Per validità del provvedimento amministrativo si intende la conformità o piena corrispondenza di esso alla fattispecie normativa che lo disciplina, la quale è comprensiva anche dei principi non scritti relativi al corretto esercizio della potestà discrezionale¹.

¹ Per questa consolidata definizione di validità si vedano A. PIRAS, voce *Invalidità*, cit.,

Ma, in realtà, più della nozione positiva di validità, assumono interesse e rilevanza le fattispecie “anormali” o “patologiche”, contrassegnate dalla difformità, più o meno accentuata, rispetto al modello legale, inteso nell’accennata prospettiva funzionale e procedimentalizzata dell’agire amministrativo.

L’invalidità non deve, comunque, essere qualificata come la negazione logica della validità, ma semmai come una fattispecie autonoma produttiva di propri effetti giuridici².

Come è stato sottolineato, l’invalidità può essere intesa sia come divergenza dell’atto dal suo modello legale (divergenza contro la quale si

607 ss.; G. CORSO, voce *Validità (diritto amministrativo)*, cit., 91, il quale precisa che il paradigma della validità del provvedimento non è costituito, se non in parte, dalla fattispecie normativa del provvedimento stesso, essendo integrato da una serie di regole di azione e di giudizio elaborate dalla giurisprudenza; R. CAVALLO PERIN, voce *Validità del provvedimento e dell’atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 612 ss.; F. BASSI, *Lezioni*, cit., 106; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 299; F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 105; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 115; R. VILLATA, *L’atto amministrativo*, cit., 805, 817; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 467; D. SORACE, *Diritto*, cit., 456; G. CORSO, *Manuale*, cit., 322 ss.; ID., *L’invalidità amministrativa. Profili generali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale*, cit., 351 ss.; V. CERULLI IRELLI e L. DI LUCIA (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 348, il quale insiste sul fatto che il controllo giurisdizionale è un controllo di legittimità, oltre che di legalità, il che è fondamentale per la comprensione dell’eccesso di potere. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 966, definisce invalido il provvedimento affetto da un vizio al quale l’ordinamento riconosce rilevanza. Da ultimo, rifiuta di “irretire” il problema della validità in quello della conformità (che ne rappresenterebbe solo una parte, da identificare con la validità formale) M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 139 ss., che giunge così anche a configurare una validità “assiologica” del provvedimento, utilizzando la dicotomia tracciata in sede di teoria generale del diritto (“validità assiologica significa esistenza del comportamento programmatico giustificata in rapporto ai valori, validità formale significa osservanza del complesso delle condizioni costitutive della validità poste dalle norme sulla produzione”) (*op. cit.*, 79); cfr., altresì, su questo specifico punto, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 227 ss.; S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 376.

² Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 299, per il quale la fattispecie invalida è una fattispecie sostanzialmente diversa da quella valida, “il cui avveramento produce effetti giuridici in tutto o in parte diversi da quelli della fattispecie valida, o automatici, o potenziali, o eventuali, a seconda del modo con cui nei diritti positivi essa è disciplinata”. Anche B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., 296-297, afferma che tra validità ed invalidità “non intercorre affatto quel parallelismo, che assegna alla prima la funzione di determinazione nozionale negativa della seconda: se parallelismo esiste, è in termini esattamente rovesciati che deve essere inteso il rapporto, nel senso che è la validità la pretesa negazione logica della invalidità”. Il concetto di “patologia” del provvedimento è utilizzato per primo da R. ALESSI, *Principi*, cit., 402 ss. e poi ripreso, tra i tanti, da B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., 296-297.

reagisce), sia come una forma di reazione contro la suddetta divergenza; in altri termini, l'invalidità è vuoi un modo anormale di essere del provvedimento, vuoi l'effetto giuridico delle varie anormalità³.

La circostanza che l'invalidità sia (anche) una fattispecie autonoma produttiva di propri effetti giuridici rende indispensabile specificare quale sia il regime giuridico degli stati anormali del provvedimento, vale a dire quali siano gli effetti giuridici riconducibili a tali stati. Ciò, in altri termini, significa che l'invalidità è un concetto di diritto positivo, nel senso che la difformità del provvedimento dalla norma può essere disciplinata dall'ordinamento giuridico in maniere differenti, in base a concrete scelte dello stesso ordinamento positivo⁴.

Come è stato autorevolmente ed efficacemente detto “le categorie della nullità e dell'annullabilità non promanano dalla qualità intrinseca dei vizi, ma costituiscono strumenti tecnici dei quali si serve attualmente il nostro sistema ... che ad esse ricollega una differenziata regolamentazione in ordine alla legittimazione ad agire, alla prescrizione e alla convali-

³ Così E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 484 ss., 485. Ma per A. PIRAS, voce *Invalidità*, cit., 599, “superata la concezione che fa coincidere l'invalidità con l'imperfezione dell'atto, con la diffezzosità degli elementi di questo o con la violazione di norme imperative, si tende oggi a risolvere la dottrina delle forme di invalidità in un'analisi delle misure di reazione che si rivolgono contro la giuridicità dell'atto”. L. GALATERIA e M. STIPO, *Manuale*, cit., 475, precisano che “vanno tenuti nettamente distinti gli stati patologici, cioè il modo di essere del provvedimento, dagli effetti, cioè dalle conseguenze che da tali stati l'ordinamento giuridico fa discendere ... Le espressioni inesistenza, nullità, annullabilità, ecc., usate normalmente, ma impropriamente, per indicare il modo di essere di un provvedimento stanno invece ad indicare solo gli effetti giuridici che scaturiscono dalle diverse anormalità. Queste ultime infatti possono dar luogo ad un atto inesistente, nullo, annullabile, disapplicabile, ecc.”. In termini G. GUARINO, *Atti*, cit., 229; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 816; F. MODUGNO, voce *Annullabilità e annullamento (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, 1. Per una descrizione del concetto di invalidità nella prospettiva statica, come teoria dei vizi, e nella prospettiva dinamica, come teoria della reazione, cfr. F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, spec. 125 ss.

⁴ Sulla necessità di individuare se e quali effetti si producano qualora l'atto diverga in misura più o meno estesa dal modello normativo cfr. G. GUARINO, *Atti*, cit., 229. Precisa F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 105, che la nullità e l'annullabilità qualificano l'atto invalido secondo la reazione che l'ordinamento giuridico oppone alla sua invalidità. A detta di D. SORACE, *Diritto*, cit., 457, su un piano generale nullità ed annullabilità stanno ad indicare due diversi tipi di invalidità e, al tempo stesso, due diverse patologie di sanzioni previste dall'ordinamento per le due diverse patologie dell'atto. Anche G. CORSO, voce *Validità*, cit., 87, distingue la questione relativa alla individuazione di “che cosa determina la validità (o l'invalidità) di una norma o di un atto” dalla questione relativa al “qual è la conseguenza della validità (o della invalidità) di una norma o di un atto”. Per la sottolineatura del carattere positivo del concetto di invalidità cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 472.

da, sì da pervenire ai voluti risultati pratici attraverso l'incasellamento di un vizio nell'una o nell'altra categoria"⁵.

Da tempo in diritto privato la materia trova una sua specifica e dettagliata regolamentazione, in base alla quale si devono distinguere nell'ambito dell'invalidità la nullità e l'annullabilità, altrimenti dette invalidità assoluta e invalidità relativa, l'una comprensiva delle affezioni più gravi, l'altra delle affezioni di gravità minore (rispettivamente artt. 1418 ss. ed artt. 1425 ss. c.c.)⁶.

La nullità è connotata dall'inidoneità dell'atto a produrre i suoi effetti sin dall'origine, opera di diritto e può essere accertata in ogni tempo, di regola per iniziativa di qualsiasi soggetto; non può essere oggetto di convalida, ma tutt'al più di conversione; viene tradizionalmente ricondotta alla mancanza di un elemento costitutivo, anche se oggi, accanto a questo elemento strutturale, si tende ad accentuare il profilo della tutela, tramite la nullità, di interessi generali dell'ordinamento.

L'annullabilità, invece, comporta la produzione provvisoria degli effetti sino a quando venga dichiarata; l'annullamento può essere pronunciato solo entro termini stabiliti e per iniziativa unicamente delle parti legittimate; è consentita la convalida⁷.

⁵ E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari nel diritto amministrativo*, Padova, 1956, 135.

⁶ Per i presupposti metodologici e dogmatici della nullità e per l'evoluzione che ha subito e sta subendo la nozione nel diritto privato, argomenti che qui ovviamente non possono essere affrontati (se non per accennare al fatto che la distinzione tra nullità e annullabilità è di matrice tedesca, mentre era ignota alla tradizione francese), si rinvia a R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, 1965, 456 ss.; ID., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1995, 293 ss.; ID., *Il contratto invalido*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, vol. II, 493 ss.; R. TOMMASINI, voce *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 575 ss.; ID., voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 866 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 16 ss.; ID., voce *Nullità, I Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990; A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, vol. II, Torino, 1999, 1257 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.

Ad avviso di M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 175, nullità ed annullabilità non sono "forme" o "specie dell'invalidità", ma formule che alludono alle tecniche utilizzate dal legislatore per reagire all'efficacia degli atti invalidi. Non si ritiene tuttavia, al di là della più o meno convinta accettazione della logica della perfezione della fattispecie, che in tal modo si inficino alla base le considerazioni del testo.

⁷ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 473, che, a sua volta si richiama a G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, distingue due profili sotto i quali considerare le due specie tipiche di invalidità, l'uno relativo agli effetti ("il modo di profilarsi dei rappor-

Per lungo tempo si è discusso se siffatto regime dell'invalidità, con la sua bipartizione in nullità e annullabilità, si applicasse anche ai provvedimenti amministrativi, sia pure con i necessari adattamenti del caso, dovuti ad una pluralità di ragioni, che spaziano dal fatto che in diritto amministrativo la valutazione della validità si basa non solo sul rispetto delle norme, ma anche sul corretto perseguimento di uno specifico interesse pubblico, al fatto che la disciplina legislativa del contratto risulta essere assai più completa rispetto a quella del provvedimento amministrativo⁸. Va comunque riconosciuto che la bipartizione in nullità e annullabilità ha una valenza nella teoria generale del diritto e, pertanto, non è modello di matrice esclusivamente privatistica⁹.

Di conseguenza, anche prima dell'introduzione dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990 domandarsi se siffatta bipartizione si applicasse anche ai provvedimenti amministrativi non significava costruire l'invalidità del provvedimento alla stregua di quella del negozio giuridico privato, secondo l'impostazione fatta propria dalla dottrina sino alla metà del secolo scorso, ma elaborare una sistemica propria e specifica, volta a

ti tra l'atto imperfetto (invalido) e gli effetti del corrispondente atto perfetto") e l'altro relativo al modo di rilevazione dell'invalidità stessa. Così, all'interno del primo profilo viene in rilievo il fatto che la nullità è insanabile, incapace di dare luogo agli effetti dell'atto perfetto, neppure in forma precaria, mentre all'interno del secondo profilo viene in rilievo il fatto che la nullità è rilevabile d'ufficio o da qualsiasi interessato, senza alcun limite temporale e con ogni mezzo procedurale possibile.

⁸ Sottolinea V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 466-467 che l'area dell'invalidità amministrativa è molto più ampia della corrispondente area in diritto privato, sia perché la normazione di diritto amministrativo è quasi sempre di carattere cogente, sia perché l'invalidità amministrativa può essere rilevata non solo quando il provvedimento appare in contrasto con la normazione che lo concerne, ma anche perché tale contrasto può essere appalesato in uno degli atti della fattispecie procedimentale intesa alla sua produzione. Ma soprattutto perché, come si è già detto in apertura, l'invalidità degli atti amministrativi indica la violazione, oltre che di specifiche discipline normative, anche di principi e di criteri che fungono da regole all'esercizio del potere discrezionale. Per B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 970-971, è lo stesso legislatore ad avere affrontato il problema dell'invalidità del provvedimento in modo del tutto diverso da quello dell'invalidità del contratto, per il quale il codice civile detta una complessa disciplina, che pone la nullità come regola generale, ma contempla importanti ipotesi di annullabilità; ciò si ritiene, oltre che per le ragioni individuate nel testo, a causa del diverso rapporto che vi è tra norma e provvedimento, da un lato, e tra norma e contratto, dall'altro: "mentre l'autonomia contrattuale è riconosciuta in via generale, il potere amministrativo è tipico e ciò rende più facile l'individuazione dell'invalidità".

⁹ Cfr., oltre gli Autori riportati *supra*, alla nt. 6, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., con note di C. FADDA e P.E. BENZA, I, Torino, 1930, 264 ss.; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1934; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Padova, 1970; ID., voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 1 ss.



tenere presente, tra l'altro, la centralità del profilo funzionale del provvedimento¹⁰.

È stato poi lo stesso legislatore ad avere affrontato direttamente il problema della nullità del provvedimento e lo ha fatto proprio disciplinando l'invalidità del provvedimento in modo diverso dall'invalidità del contratto, per il quale il codice civile detta una normativa che pone la nullità come regola generale, pur contemplando importanti ipotesi di annullabilità. Come di recente affermato dal Consiglio di Stato, le categorie della nullità e dell'annullabilità si presentano nel diritto amministrativo "in relazione invertita rispetto alle omologhe figure valevoli per i negozi giuridici di diritto privato", costituendo la prima l'eccezione rispetto alla seconda, e la ragione di siffatta diversità è stata ravvisata nelle "note esigenze di certezza dell'azione amministrativa"¹¹.

Va infine precisato che non sempre la difformità dal paradigma normativo dà luogo ad invalidità del provvedimento. Infatti, l'invalidità è concepibile non come una conseguenza "naturale", necessitata, della violazione delle norme, bensì come una conseguenza disposta dall'ordinamento a tutela di determinati interessi: l'invalidità si giustifica unicamente se esiste un effettivo collegamento tra la violazione delle norme e la lesione degli interessi, nel senso che la lesione non esisterebbe in mancanza di tale violazione.

Qualora l'anormalità del provvedimento amministrativo non sia così grave da portare all'invalidità del provvedimento medesimo, si ha solamente irregolarità. In tal caso la violazione delle regole non comporta conseguenze sulla validità del provvedimento e, quindi, sulla capacità del provvedimento di produrre gli effetti che gli sono propri, dando luogo, semmai, a sanzioni di carattere disciplinare a carico del funzionario che abbia posto in essere l'atto irregolare¹².

¹⁰ È stato M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 14 ss.; ID., voce *Atto amministrativo*, cit., 181 ss., a sconfessare nettamente e con chiarezza (ma si vedano anche A. DE VALLES, *La validità*, cit., 333 ss., e R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi*, cit., 398 ss.) l'impostazione che utilizzava le categorie del diritto privato per costruire l'invalidità del provvedimento: "la disciplina dell'atto amministrativo è fondamentalmente diversa da quella dell'atto privato, non solo per la parte più appariscente che concerne i vizi dell'atto, ma anche per l'intrinseca conformazione e per il modo onde vengono in rilievo i vari elementi".

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792.

¹² Così G. FALCON, *Lezioni*, cit., 140-141, che chiaramente distingue, in relazione alle conseguenze, tre diverse categorie di violazioni: se ad un estremo vi sono appunto quelle violazioni che non comportano alcuna conseguenza sul regime del provvedimento e sono usualmente qualificate come semplice irregolarità, e all'estremo opposto vi sono le violazio-

Invece, contrariamente a quanto afferma una parte della dottrina¹³, non sembra corretto parlare di atto amministrativo illecito. Il provvedimento amministrativo è sempre e solo sottoposto ad un giudizio di validità e non di liceità.

Infatti, “la disciplina dell’illecito è, nel nostro sistema positivo, unitaria per il diritto pubblico e per quello privato” e “l’unità trova il suo centro nel fatto illecito”¹⁴.

L’illeceità dipende dalla violazione di norme che impongono doveri e si riferisce ad un comportamento dell’amministrazione, anche se tale com-

ni che comportano il disconoscimento del nesso tra il venire in essere del presunto provvedimento e gli effetti che in teoria gli sono propri e in tal caso il regime del presunto provvedimento è quello della nullità, nel mezzo vi è la categoria delle violazioni la cui presenza, pur senza interrompere immediatamente quel nesso, comporta, tuttavia, la possibilità che il provvedimento o i suoi effetti siano tolti di mezzo da un soggetto competente a farlo, in ragione di tali violazioni, e in tal caso il regime dell’atto è quello dell’annullabilità. In senso analogo L. GALATERIA e M. STIPO, *Manuale*, cit., 479. Parimenti per P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 116-118, l’irregolarità si verifica quando la difformità rispetto allo schema legale astratto è di così poca rilevanza da non comportare l’annullabilità, anche se poi l’Autore non può essere seguito quando afferma che nullità, annullabilità ed irregolarità sono le tre specie di illegittimità. Condivisibile invece F. BASSI, *Lezioni*, cit., 106, nell’affermare che le fattispecie patologiche devono essere riferite a due diverse categorie concettuali e cioè l’irregolarità e l’invalidità, a sua volta distinguibile in nullità ed annullabilità. Sulla irregolarità cfr., ampiamente, *infra*, questo Capitolo, par. 30.

¹³ Come è noto, la tesi, prendendo le mosse dalla distinzione tra norme di azione e norme di relazione, collega ai due tipi di norme due forme di illegalità degli atti amministrativi, l’illegittimità e l’illegalità; si vedano E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e spunti ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 7 ss., 19 ss., 163 ss., 299 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 67 ss.; ID., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 31 ss., 47 ss.; ID., *Art. 26*, cit., 253 ss.; E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953; ID., *Manuale*, cit., 521 ss.; da ultimo, con impostazioni differenti, parlano di provvedimenti amministrativi illeciti M. TIBERII, *La nullità e l’illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2003, spec. 127 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d’azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2003, 143 ss., 388 ss.; M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 272 ss.

¹⁴ M.S. GIANNINI, voce *Atto*, cit., 181, che prosegue affermando che “ogni fatto illecito dell’amministrazione fa sorgere l’obbligazione di risarcimento del danno, indipendentemente dalla natura dell’azione dell’amministrazione, e quindi consista essa in un’attività materiale ..., in un’attività di diritto privato ... in un atto amministrativo ... Il nostro ordinamento ... ha quindi respinto la categoria del lecito-illecito per gli atti amministrativi, e l’ha limitata ai fatti dell’amministrazione. Quando il fatto consiste in un atto amministrativo, si avrà fatto illecito in tanto in quanto l’atto amministrativo concreta altresì una lesione ingiusta di un diritto dell’amministrato” (*op. cit.*, 180-181); in senso analogo cfr. anche, sempre di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 328-331, nonché A. PIRAS, voce *Invalidità*, cit., 600-601; G. CORSO, *Manuale*, cit., 321 ss.

portamento può trovare il suo presupposto in un precedente atto amministrativo. L'invalidità, invece, dipende dalla violazione di norme che attribuiscono poteri ed è predicabile ad un provvedimento amministrativo, e "ove in esecuzione di una attività illecita vengano posti in essere atti amministrativi, questi sono pur sempre illegittimi"¹⁵.

Da ultimo, con riguardo agli atti amministrativi¹⁶, si preferisce prescindere anche dalla distinzione tra nullità e inesistenza.

¹⁵ Così Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1306. Sul punto, ampiamente, G. CORSO, voce *Validità*, cit., 86; Id., *Manuale*, cit., 321-323, per il quale gli ordinamenti giuridici prevedono due tipi di misure, un gruppo di misure contro le persone che commettono un illecito e un gruppo di misure contro gli atti costituenti invalido esercizio del potere; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 115-116; Id., *Illecitezza e illegittimità: rapporti fra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, cit., vol. IV, 1735 ss., che precisa come non possa escludersi che l'amministrazione, nel porre in essere un atto invalido, abbia commesso un illecito, "ma i due profili della invalidità dell'atto e della illecitezza del comportamento vanno tenuti nettamente distinti". Altre critiche, sia di natura strettamente processuale, sia di natura più propriamente sostanziale, alla tesi in esame si ritrovano in M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 143.

Merita poi di essere ricordata la particolare tesi secondo cui, accanto alle figure della nullità e dell'annullabilità, si colloca la figura dell'inapplicabilità, come ulteriore altra forma generale dell'invalidità dei provvedimenti. Si tratterebbe di una qualificazione negativa del provvedimento, di carattere sanzionatorio e contenuto tale da autorizzare il giudice a pronunciare nel caso concreto senza tener conto dell'esistenza dell'atto e dei suoi effetti; così E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 23 ss.; per una critica a questa tesi si rinvia ad A. PIRAS, voce *Invalidità*, cit., 600.

¹⁶ Sulla quale cfr., di recente, A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 69 ss., che fonda la distinzione tra atto nullo e atto inesistente sul fatto che solo il primo, pur non producendo effetti giuridici, produce nondimeno "risultati" e cioè effetti pratici suscettibili di valutazione giuridica: "se ... il fatto inesistente è connotato dalla mancata produzione di un risultato, la fattispecie nulla è, invece, caratterizzata dalla produzione di un risultato negativo: cioè l'atto nullo è una fattispecie produttiva di effetti pratici che sono oggetto di un giudizio di disvalore (negativo) da parte dell'ordinamento. Il risultato, assumendo un valore negativo, non può essere considerato valido, quindi, non può assumere la forza dell'effetto giuridico" (*op. cit.*, 129-130). Per una critica a questa tesi, che mira a ricondurre le cause di nullità del provvedimento a quelle del controllo (*op. cit.*, 147 ss.), si rinvia a B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 1017-1018, secondo cui, a prescindere dalla bontà del criterio di distinzione proposto, rimangono sia l'unitarietà di regime di nullità ed inesistenza, sia la netta diversità tra le cause di nullità del contratto e quelle del provvedimento amministrativo; nonché a M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 67 ss., che, su un piano di teoria generale del diritto, osserva che "nell'affermare che il momento della giuridicità del fatto è spostato sul giudizio che l'ordinamento effettua sul risultato, la teorica in esame finisce per riproporre l'idea che la giuridicità del fatto scaturisca da un elemento esterno ad esso. In particolare, essa dipenderebbe dalla valutazione (giuridica) che l'ordinamento effettua su un elemento diverso (il risultato appunto), che scaricherebbe la propria giuridicità (sugli effetti e da questi, a ritroso) sul piano del fatto" (*op. cit.*, 67). Ritiene che inesistenza e nullità non siano concetti equivalenti L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti*

Ed invero sussiste una differenza fondamentale tra la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica (inesistenza) e quella dell'atto rilevante cui è applicata la sanzione della nullità¹⁷, unica fattispecie alla quale risulta predicabile la natura di provvedimento amministrativo, sicché l'invalidità appare in linea logica riferibile solo ad atti esistenti¹⁸.

Con riguardo alla medesima vicenda, e cioè al provvedimento emanato in carenza di potere, alcuni preferiscono parlare di inesistenza¹⁹, altri, invece, non rivengono elementi tali da abbandonare la prospettiva secondo cui l'inesistenza sarebbe assimilabile, per identità di regime, alla nullità (pronuncia dichiarativa e non costitutiva, azione proponibile da qualunque soggetto, sua imprescrittibilità, insanabilità, rilevabilità *ex officio*)²⁰.

amministrativi, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543 ss. Da ultimo in argomento S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 385 ss.

¹⁷ “In via meramente astratta, l'inesistenza coglie la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica come tale per l'ordinamento, mentre la nullità appare quale reazione sanzionatoria dello stesso ad uno stato invalidante il provvedimento”; così B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., 299, il quale, però, si serve di questa distinzione astratta per inferire che la reazione prevista in questi pretesi casi di inesistenza consiste nella nullità del provvedimento assunto come inesistente. Sulla nullità del negozio giuridico come inesistenza del medesimo già secondo la giurisprudenza di diritto romano cfr. A. MASI, voce *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 859 ss.

¹⁸ P. VIRGA, *Il provvedimento*, cit., 415-416; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 466.

¹⁹ Così F. BASSI, *Lezioni*, cit., 107 e L. GALATERIA e M. STIPO, *Manuale*, cit., 476-477. Ma, mentre il primo Autore esclude che in diritto amministrativo esistano anche ipotesi di nullità (*op. cit.*, 107, in ragione del fatto che “la dicotomia nullità-annullabilità è legata alla netta contrapposizione che nell'ambito privatistico si riscontra tra la violazione di norme imperative, la illiceità della causa e la mancanza di elementi essenziali, che determinano la prima specie di invalidità, e la mancanza di requisiti che rende l'atto annullabile, contrapposizione che non è riscontrabile nel diritto amministrativo”), i secondi, accanto al provvedimento inesistente, ritengono che si diano fattispecie di provvedimenti nulli per invalidità assoluta (L. GALATERIA e M. STIPO, *Manuale*, cit., 476-477).

²⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 310, che parla indifferentemente di inesistenza o carenza di potere. I due termini possono essere usati come equivalenti anche per R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 5, nt. 4, 50-51, 90 ss., 240; G. GUARINO, *Atti*, cit., 230; E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., 392; D. SORACE, *Diritto*, cit., 457; B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., 298-300; R. VILLATA, *L'atto*, cit., 817; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 474 che ritiene impreciso il termine di inesistenza; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2002, 60 ss., spec. 62; S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, 471; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 1016 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento*, cit., 413; ID., *Diritto amministrativo*, cit., 116, secondo cui per il diritto amministrativo la nullità si identifica con l'inesistenza. E. CASETTA, *Manuale*, cit., 523, anziché utilizzare il termine di inesistenza, ritiene “più opportuno il richiamo della nozione di atto emanato in carenza di potere, illuminando il profilo della causa che determina la mancata validità dell'atto”. Relega la categoria dell'inesistenza dell'atto amministrativo alla sola inesistenza in senso materiale, “vale a dire, casi in cui non risulta, oppure è incerto,



La giurisprudenza amministrativa, in alcune sue pronunce, equipara a sua volta le due categorie, parlando di “inesistenza o nullità assoluta”²¹, oppure considera del tutto fungibili i concetti di radicale nullità e di inesistenza dell’atto amministrativo, come nell’ipotesi di provvedimento privo di sottoscrizione proveniente dalla persona fisica titolare dell’organo competente alla statuizione amministrativa²².

Ma per non ridursi a mero problema di vocabolario, in presenza di identità di regime giuridico si deve escludere la fecondità di plurime qualificazioni²³, di maniera che occorre riconoscere come pure a fronte della vicenda “carenza di potere” la reazione dell’ordinamento sia in termini di nullità.

Quello che si vuol dire, in diverse parole, è che su un versante si colloca l’invalidità dell’atto, su un altro e diverso l’esistenza dello stesso. Se, come specie o forma di reazione della prima, l’ordinamento riconosce solo l’annullabilità, l’alternativa è tra annullabilità ed inesistenza, ove viceversa l’ordinamento ammetta pure la nullità l’alternativa sarà tra annullabilità/nullità e inesistenza, ma in ogni caso solo il primo termine di tale alternativa risulta riferibile all’atto.

Questione diversa e successiva concerne l’identificazione, sempre sulla base del diritto positivo, della disciplina della nullità²⁴.

se l’atto amministrativo effettivamente esista”, P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 472; ma sul punto cfr. già A. DE VALLES, *La validità*, cit., 344-345.

²¹ Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3449.

²² Tar Sicilia, Catania, 30 aprile 1996, n. 703; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 16 dicembre 1998, n. 2495; Tar Lazio, Roma, sez. II, 10 marzo 1999, n. 833. Sulle, controverse, conseguenze dovute alla mancata sottoscrizione del provvedimento cfr. comunque *infra*.

²³ Secondo B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 1017, “che si ammetta la distinzione o la si rifiuti, occorre comunque rilevare che per il provvedimento amministrativo essa non ha alcuna utilità concreta: il regime del provvedimento nullo, infatti, è identico a quello del provvedimento inesistente, essendo caratterizzato dalla totale inefficacia”. Prosegue l’Autore affermando che in diritto privato il problema si pone in maniera radicalmente diversa, in particolare perché il contratto nullo, pur non producendo effetti, è comunque giuridicamente rilevante, essendo oggetto di una qualificazione dalla quale derivano, o possono derivare, alcune conseguenze, come la possibilità della conversione, l’inopponibilità ai terzi in buona fede e l’eccezionale produzione di effetti (rispettivamente art. 1424 c.c.; art. 1415 c.c.; artt. 2126 e 2332 c.c.). Ma sulla problematica dell’inidoneità dell’atto nullo a produrre i suoi effetti cfr. anche *infra*, al paragrafo successivo.

²⁴ Cfr. sul punto M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 115-116 ad avviso del quale nullità e annullabilità presuppongono entrambe l’efficacia dell’atto, cambiando soltanto le modalità operazionali del rimedio; se poi, per la loro valenza evocativa, dette figure possono essere utilizzate per applicare ad una fattispecie la disciplina che vi è tradizionalmente ricondotta,

In sintesi, il fatto che attualmente sia stata prevista la nullità in una norma di carattere generale quale l'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990 merita di essere visto come ulteriore motivo di abbandono del termine inesistenza riferito ai provvedimenti amministrativi. L'intenzione del legislatore pare infatti essere quella di esaurire l'area dell'invalidità del provvedimento amministrativo, ripartendola tra la nullità e l'annullabilità²⁵.

Assai significativo in tal senso risulta la sottrazione ad opera di detta norma della carenza di potere in astratto dall'area dell'inesistenza²⁶.

2 La natura "ibrida" della nullità

Sgomberato il campo dall'inesistenza come qualifica riferibile al provvedimento, l'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990²⁷ consente di riconoscere con sicurezza che la qualificazione della nullità risulta applicabile ai provvedimenti amministrativi.

È questa, tuttavia, una conquista relativamente recente. Se in un passato molto remoto nullità e annullabilità risultavano indistinte e quindi il problema non si poneva neppure²⁸, in un passato più prossimo parte della

non va dimenticato come le stesse siano nella disponibilità del legislatore che ne può modificare il contenuto "rescindendo in definitiva il collegamento tra *nomen* ed effettiva struttura e modo di operare del rimedio". Secondo l'autore analoga disponibilità spetterebbe, per vero, agli interpreti, ma in tal modo si finisce per porsi in un terreno scivoloso o comunque necessitante di specificazioni in questa sede non affrontabili.

²⁵ In questo senso B.G. MATTARELLA, *La nuova legge*, cit., 479, per il quale, "considerando che la figura dell'inesistenza si è imposta a causa dell'assenza di quella della nullità, è ragionevole ritenere che l'affermazione della seconda determini la morte della prima". Da ultimo, per un'ampia disamina di inesistenza, nullità e annullabilità provvedimentali, cfr. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010.

²⁶ Così esattamente M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 274.

²⁷ Sul quale da ultimo cfr. A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, cit., 796 ss.; D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo*, Milano, 2015.

²⁸ Sulla indistinzione originaria tra nullità ed annullabilità cfr., in diritto privato e su un piano di teoria generale, R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, cit., 463 ss.; con specifico riguardo al diritto amministrativo, R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 109 ss., 120 ss., che osserva come il legislatore del 1889 "impiegò il termine annullamento in senso del tutto generico, proprio ancor oggi, nell'uso della più parte degli autori transalpini, del sostantivo francese *annulation*"; A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., 3 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema*, cit., 171 ss., la quale ritiene poi che "di fronte alle prime ricostruzioni della nullità nel nuovo sistema codicistico, cui si riconnetteva l'inefficacia *ab origine*, da un lato, e all'affermarsi dell'idea di una imperatività del provvedimento fondata non più sulla supremazia dell'amministrazione, bensì

dottrina aveva negato l'applicabilità ai provvedimenti amministrativi della qualificazione della nullità²⁹.

Si era affermato infatti che il dato normativo, costituito dagli artt. 26 e ss. del T.U. Cons. Stato e dagli artt. 2 ss. della legge Tar, riconduceva il regime dell'invalidità non al contrasto con norme imperative o alla carenza di un elemento costitutivo, così come fa l'art. 1418 c.c. per il contratto, sibbene alla non conformità rispetto alla disciplina della funzione. L'annullamento era in genere riguardato come l'unica forma, come l'unica conseguenza dell'invalidità del provvedimento. Questo in ragione dei tradizionali rapporti esistenti tra validità ed efficacia dell'atto amministrativo, e ciò perché l'atto amministrativo che viola norme imperative non viene privato dalla sua rilevanza giuridica di atto autoritativo, non perde la sua idoneità a produrre gli effetti che la legge ricollega ad esso: "il diritto positivo disgiunge il piano della validità da quello dell'efficacia, ma identifica il piano della validità con quello dell'esistenza e, quindi, dell'acquisto di giuridica rilevanza da parte del provvedimento ... le situazioni invalidanti non impediscono l'acquisto di rilevanza da parte del provvedimento, ma – al contrario – lo presuppongono, intervengono su un piano diverso e producono conseguenze solo per un secondo momento: creano situazioni che legittimano sanzioni o l'adozione di misure di reazione"³⁰.

È stato poi osservato che solo la figura dell'annullabilità e non certo quella della nullità consente il perseguimento del pubblico interesse con la dovuta immediatezza anche in caso di provvedimento invalido: "soltanto la annullabilità è qualcosa che corrisponde alla funzione dell'amministrazione nel perseguire l'interesse pubblico"³¹.

sull'elemento funzionale del perseguimento dell'interesse pubblico ... la reazione del giudice amministrativo fu, dunque, quella di espungere la nullità (in quanto comportante inefficacia) dal novero degli stati viziati tipici del provvedimento amministrativo" (*op. cit.*, 198).

²⁹ Un'ottima sintesi critica del dibattito dottrinale in M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 265 ss.

³⁰ Così A. PIRAS, voce *Invalidità*, cit., 601. Per la tesi secondo cui nel nostro sistema non trovi posto la nullità, essendo l'annullabilità l'unica forma di invalidità dell'atto amministrativo, cfr. M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., 183; ID., *Diritto amministrativo*, cit., 300, 302. Si tenga comunque presente che, come si è già detto, gli Autori che rifiutano la nozione di nullità del provvedimento ammettono, però, l'inesistenza del medesimo, che qui si ritiene concetto assimilabile quanto a regime giuridico alla nullità; così A. PIRAS, voce *Invalidità*, cit., 602. F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 106, poi preferisce parlare di invalidità assoluta, anziché di atto nullo, perché l'espressione "nullo" indica non il modo di essere dell'atto, ma il fatto che l'ordinamento giuridico lo considera come mai venuto in vita e quindi il fatto che esso non è idoneo a produrre alcun effetto.

³¹ Così F.G. SCOCA, *Esistenza*, cit., 167, precisando ulteriormente che, "se invece si configurano ipotesi di nullità dell'atto amministrativo si nega all'amministrazione la possibilità di perseguire in ogni caso (e comunque con la dovuta immediatezza) l'interesse pubblico".

Tale impostazione è stata per lungo tempo condivisa dalla giurisprudenza amministrativa. Anche laddove norme di legge qualificavano nulli determinati provvedimenti amministrativi (ad esempio, l'art. 3 T.U. imp. civ. Stato, dettato per le assunzioni senza concorso al di fuori delle ipotesi previste dalla legge; art. 288 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, per le delibere prese in adunanza illegale o su oggetti estranei alle attribuzioni dell'organo), la giurisprudenza applicava, come meglio si vedrà in seguito, il regime giuridico dell'annullabilità.

Oggi il quadro di riferimento, prima giurisprudenziale, ora anche legislativo, è mutato e la nullità trova sicura cittadinanza quale forma di invalidità dei provvedimenti amministrativi.

Nonostante ciò, è tuttora necessario mantenere un atteggiamento cauto circa la categoria della nullità dei provvedimenti, da ricondurre, per lo meno allo stato, ad ipotesi non prevalenti, numericamente ridotte, se non marginali³².

L'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990³³ ha codificato, recependo i preesistenti orientamenti giurisprudenziali, le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, stabilendo che “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

È immediatamente percepibile una notevole assonanza con le massime giurisprudenziali le quali erano e sono solite affermare che “la nullità in senso tecnico di un atto amministrativo si determina solo quando sia espressamente qualificato dalle norme o sia emanato in contrasto con il giudicato o sia emanato da un ente territoriale con un'efficacia che invada l'ambito territoriale di un altro ente o manchi di uno o più degli ele-

L'Autore prosegue poi (*op. cit.*, 168) ritenendo che alla base dell'attuale riconoscimento normativo della figura della nullità vi siano “la presa d'atto sbagliata” di situazioni che si erano già verificate nella pratica e l'intento di riportare il sistema delle invalidità del provvedimento allo schema codicistico previsto per i negozi giuridici.

³² R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 818, 823. Sull'inesistenza-nullità come categoria residuale cfr., tra i tanti, per la particolare chiarezza, G. GUARINO, *Atti*, cit., 232.

³³ Su tale norma cfr. pure M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale*, cit., 370 ss.; N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, 2007, Milano, 855 ss.; S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 387 ss.; per un utile confronto con la disciplina della nullità provvedimentoale nell'ordinamento tedesco cfr. A. BUONFINO, *La disciplina della nullità provvedimentoale nel sistema amministrativo tedesco: spunti per un'analisi di diritto comparato*, in *Dir. amm.*, 2014, 777 ss.



menti necessari a costituirlo oppure ancora sia emanato in assoluta carenza di potere”³⁴.

La giurisprudenza successiva alla novella del 2005 ha così potuto affermare che le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono intendersi quale “numero chiuso”³⁵, continuandosi altresì a richiamare espressamente al proprio costante orientamento anteriore all’art. 21-*septies*³⁶.

Vi sono isolate sentenze in cui il giudice amministrativo ha cercato di estendere lo spazio applicativo della nullità provvedimentale, come nel caso in cui ha riconosciuto non annullabile, bensì nulla “per mancanza dell’elemento essenziale della volontà” e “per difetto assoluto di attribuzione” l’autorizzazione unica regionale per realizzare impianti ad energia eolica, rilasciata malgrado il motivato dissenso espresso in sede di conferenza di servizi dalla Soprintendenza competente³⁷.

Tuttavia questa apertura pretoria, tra l’altro sconfessata da successive pronunce³⁸, pare essere occasionata essenzialmente da ragioni di tipo

³⁴ Così, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 891, che ha pertanto ritenuto che il provvedimento di revoca dei contributi emesso in un’ipotesi non rientrante tra quelle tassativamente previste dalla legge non può essere considerato nullo, ma solo annullabile; in senso analogo Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3129.

³⁶ Tar Sardegna, sez. II, 10 giugno 2005, n. 1384, che ha ritenuto annullabile e non nullo un provvedimento di ritiro dell’annullamento del nullaosta paesaggistico rilasciato alla parte ricorrente, dal momento che “non può qualificarsi come atto inesistente, mancando il presupposto dell’assoluta carenza di potere in capo all’autorità emanante”. In termini Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903, secondo cui non può, in assenza di una norma di legge che la preveda, desumersi una nullità provvedimentale ove l’atto impugnato sia dotato di tutti gli elementi essenziali, emanato da organo non affetto da incompetenza assoluta e non adottato in violazione di giudicato.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, secondo cui vi sarebbe un difetto assoluto di attribuzione, perché il semplice fatto dell’insorgenza di un dissenso qualificato avrebbe escluso la possibilità di esercizio, e quindi l’attribuzione, del potere; le autorizzazioni uniche regionali sarebbero altresì nulle anche sotto il profilo strutturale, in quanto il mancato superamento del dissenso qualificato attraverso la procedura prevista dalla legge n. 241/1990 avrebbe impedito il perfezionamento dell’elemento essenziale della volontà. Osservazioni critiche alla sentenza si ritrovano in A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 719 ss., che condivisibilmente evidenzia come il mancato rispetto delle forme procedurali, lungi dall’integrare una totale mancanza di volontà da parte dell’autorità procedente, rileva soltanto quale vizio della stessa, e, conseguentemente, quale causa di illegittimità del provvedimento.

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2013, n. 4507; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 7 giugno 2014, n. 367.

processuale, dal momento che la qualificazione di un atto amministrativo come nullo consente l'impugnativa incidentale da parte dell'amministrazione di atti connessi a quelli impugnati in via principale dal ricorrente senza la necessità di rispettare alcun limite temporale (nel caso di specie, appunto, l'autorizzazione unica regionale da parte della Soprintendenza).

Rilievo simile merita quella giurisprudenza, poi riformata in appello, che ha dichiarato la nullità del provvedimento di aggiudicazione per violazione della normativa europea sulla concorrenza, in cui i profili processuali della concreta vicenda in esame paiono avere il sopravvento rispetto ai preliminari e pregiudiziali profili sostanziali³⁹.

Inoltre, l'art. 21-*septies* lascia aperte numerose questioni, come quelle relative al significato da attribuire alla controversa espressione "elementi essenziali" del provvedimento, profilo che verrà compiutamente ripreso in seguito⁴⁰.

Infine la legge pare peccare di confusione terminologica, come quando distingue le ipotesi di nullità per mancanza degli elementi essenziali dalle ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione; in realtà, le due ipotesi si sovrappongono tra loro per certi aspetti, se si tiene presente che uno degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo attiene al profilo soggettivo, come meglio si avrà modo di verificare successivamente⁴¹.

Se, però, si considerano del tutto sinonimi il difetto assoluto di attribuzione e la carenza di potere, come suggerisce la dottrina che ha ispirato la novella del 2005⁴², non si vede per quale ragione modificare l'espres-

³⁹ Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 27 luglio 2007 n. 7119. In tema cfr. altresì V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 445, secondo cui "la notevole ampiezza (e imprecisione) del riferimento normativo agli elementi essenziali del provvedimento la cui mancanza ne produce la nullità, potrebbe in prospettiva tradursi nell'affermazione della nullità di atti amministrativi posti in essere in violazione di regole poste dal diritto europeo, che, in riferimento a determinate fattispecie (come appunto le regole poste a presidio della concorrenza nelle gare pubbliche) possono dare luogo nella loro applicazione in concreto, ad *elementi* che possano rivelarsi *essenziali* ai fini dell'identificazione stessa della fattispecie". Sull'atto amministrativo anticomunitario cfr. *infra*, in occasione della trattazione dell'annullabilità.

⁴⁰ Fin da subito hanno criticato la previsione A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 449 ss. e M. D'ORSOGNA, *La nullità*, cit., 364.

⁴¹ In questo senso E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 522; l'Autore poi, fedele alla sua complessiva impostazione, definisce nullo il provvedimento emanato in violazione delle "norme attributive del potere" ed annullabile il provvedimento difforme dalle "norme di azione che disciplinano l'esercizio del potere" (*op. cit.*, 521).

⁴² V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 476.

sione tradizionale, quella di carenza di potere, ormai entrata nell'uso corrente di dottrina e giurisprudenza da decenni. Ma forse, come è stato detto, la circostanza che la legge nomini espressamente l'ipotesi del difetto assoluto di attribuzione, e non invece la carenza di potere, può interpretarsi come intenzione di non configurare come causa di nullità solo uno dei particolari significati che ha assunto il termine generale di carenza di potere, e cioè la carenza di potere in concreto⁴³.

Sembra inoltre che la terminologia legislativa, evitando di parlare di carenza di potere quale ipotesi di nullità, suoni a conferma del preesistente orientamento maggioritario secondo cui non vi sia spazio nel nostro ordinamento per una nullità provvedimentoale a causa della violazione del diritto dell'Unione europea, la quale conduce, di contro, all'annullabilità⁴⁴.

Ancora, si è sottolineato la natura ibrida della nullità così come configurata, poiché si affiancano vizi tipicamente pubblicistici, quali la violazione o elusione di giudicato e la carenza di potere, alle figure patologiche proprie del diritto privato, e così il difetto degli elementi essenziali del provvedimento (art. 1418, comma 2, c.c.) e la nullità testuale (art. 1418, comma 3, c.c.)⁴⁵.

Tra l'altro, come emergerà in seguito, la nullità per vizi tipicamente pubblicistici (violazione o elusione di giudicato, carenza di potere) nasce e si sviluppa al fine di risolvere problematiche concrete di natura processuale, il che contribuisce ad accrescere ulteriormente il carattere eterogeneo dell'istituto complessivamente considerato⁴⁶.

⁴³ D. SORACE, *Diritto*, cit., 460.

⁴⁴ Su questo profilo cfr., ampiamente, *infra*, par. 7. Si veda comunque G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 217 ss., spec. 258 ss., secondo cui "la soluzione preferibile per uscire – una volta per tutte – dall'impasse dell'atto amministrativo antieuropeo non può che essere ... la riscrittura delle norme domestiche sul procedimento amministrativo", aggiungendo la violazione del diritto europeo alle ipotesi di nullità dell'atto amministrativo elencate all'art. 21-septies.

⁴⁵ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., 43, sia pure con riferimento alla sistematica risultante dalla preesistente giurisprudenza amministrativa, che è stata poi recepita dal legislatore. L'Autore propone di ricostruire tutte le cause di nullità del provvedimento amministrativo alla luce del diritto privato, in particolare concependo la carenza di potere in astratto e in concreto come cause di nullità per violazione di norme imperative e d'ordine pubblico (*op. cit.*, 153 ss.). In senso non dissimile M. TIBERII, *La nullità*, cit., 200 ss.; ma, per una critica a siffatta tesi cfr. *infra*. Censurano l'impiego da parte del legislatore dell'espressione "difetto assoluto di attribuzione" F. SATTA, *La riforma della legge n. 241/1990: dubbi e perplessità*, in *www.giustamm.it*, 2005; M.R. SPASIANO, *Art. 21-septies*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 551 ss., 565.

⁴⁶ Sottolineano come nella creazione della figura del provvedimento nullo un notevole

È presumibile dunque che, nonostante la codificazione effettuata, la materia continui ad essere disciplinata dalla giurisprudenza, che traccia i variabili confini tra nullità e annullabilità sempre con riguardo a singole fattispecie, come si avrà modo di constatare in seguito.

Del resto, l'art. 21-*septies*, pur individuando le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, non si preoccupa di stabilire quale sia il regime giuridico applicabile⁴⁷.

Su un piano generale la Corte di cassazione ha di recente osservato come “non esista nell'ordinamento giuridico una nozione unitaria del vizio di nullità dell'atto giuridico, essendo riservata alla discrezionalità del Legislatore ... la scelta più opportuna tra le diverse soluzioni giuridiche possibili, delle discipline degli istituti giuridici e delle forme di tutela giudiziaria dei diritti e degli interessi”⁴⁸.

Così si ritiene che il regime del provvedimento nullo debba essere mutuato da quello codicistico, cosa che del resto già da tempo fa la giurisprudenza amministrativa: quindi, come già si è accennato, assenza di effetti, insanabilità, rilevabilità d'ufficio e in qualunque tempo, possibilità di conversione dell'atto (art. 1424 c.c.), con la conseguenza che un'eventuale attività presentata come esecuzione di un atto nullo deve essere trattata come attività priva di giustificazione giuridica⁴⁹.

ruolo abbiano giocato problematiche di tipo processuale F.G. COCCA, *Esistenza*, cit., 171 ss., e M. D'ORSOGNA, *Il problema*, cit., 122, vuoi allo scopo di consentire al giudice ordinario di recuperare ambiti di giurisdizione a scapito del giudice amministrativo, vuoi per assicurare l'esigenza che l'azione amministrativa successiva al giudicato di annullamento si conformi a quanto statuito dal giudice amministrativo, senza il rischio di un'inoppugnabilità degli atti non conformi al giudicato per scadenza dei termini di impugnazione.

⁴⁷ Criticano il silenzio legislativo sulla disciplina applicabile A. TRAVI, *Osservazioni sul d.d.l. A.S. n. 4860*, in *Bollettino dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, n. 12, 2000, 8; E. FERRARI, *Osservazioni*, *ivi*, 36-37; M. D'ORSOGNA, *La nullità*, cit., 370 ss.

⁴⁸ Cass. civ., sez. trib., 18 settembre 2015, n. 18448; in tema cfr. altresì Cass. civ., sez. V, 9 novembre 2015, n. 22810, in *Giur. it.*, 2016, 941, con nota di M. DELSIGNORE, *La Cassazione e la valida sottoscrizione degli accertamenti tributari*. Sulla mancanza di una disciplina omogenea della nullità si veda, ampiamente, G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, spec. 659 ss.

⁴⁹ Per l'applicabilità del regime codicistico nei confronti dell'atto nullo cfr. E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 521; D. SORACE, *Diritto*, cit., 461-462; G. FALCON, *Lezioni*, cit., 145, quest'ultimo precisando, tuttavia, che nel particolare caso della violazione o elusione del giudicato è difficile immaginare che della declaratoria di nullità possano avvalersi parti diverse da quelle cui il giudicato si riferisce. Sul fatto che il comportamento espressione di un atto nullo sarebbe privo di giustificazione in un potere dell'amministrazione cfr. G. GUARINO, *Atti*, cit., 230; D. SORACE, *Diritto*, cit., 461. Osserva però giustamente F. MODUGNO, voce *Annullabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, cit., 2, che “è molto difficile ammettere con disinvoltura che il destino dell'atto preteso nullo possa sottrarsi alla sua osservanza, esercitando la



Soluzione forse difficilmente evitabile, ma assai insoddisfacente per un verso in quanto, a ben vedere, trattasi di una semplice congettura di per sé priva di un valore scientifico superiore ad un'altra che viceversa ritenesse operato al regime degli atti processuali il rinvio implicito nella norma⁵⁰ e per altro verso ove si consideri che: il contratto con causa turpe è nullo, ma produce irripetibilità del pagato, al pari di gioco e scommessa (che per parte loro non generano azione per ottenere il pagamento), con equivalenza pertanto dell'efficacia minore di alcuni atti validi e dell'efficacia di taluni atti nulli; la dottrina del contratto nullo è essenzialmente la dottrina degli effetti attribuiti a detto contratto dal legislatore; esistono nel codice ipotesi di annullabilità non sanabile e di nullità sanabile; l'elemento all'apparenza più sicuro per distinguere nullità e annullabilità, vale a dire le rispettive imprescrittibilità e prescrittibilità, scolora ove si consideri l'imprescrittibilità dell'azione di annullamento per vizio del consenso di un contratto non ancora eseguito, mentre il potere di agire in nullità scompare, per carenza di interesse, quando, eseguito il contratto, le azioni restitutorie risultino prescritte e quelle persecutorie bloccate dall'usucapione⁵¹.

E si rammentino poi tutte le c.d. nullità speciali⁵² di derivazione europea in vista della tutela del mercato ovvero della protezione della parte (ritenuta) debole.

Da qui la fondatezza della critica al silenzio del legislatore in punto di regime dei provvedimenti nulli ai quali l'applicazione pura e semplice degli artt. 1421 ss. c.c. sembra inappagante⁵³.

c.d. resistenza individuale agli ordini dell'autorità, dal momento che è in definitiva nel potere del giudice di dichiarare la nullità dell'atto". Un ulteriore problema riguarda la tutela dei terzi che abbiano fatto affidamento sugli effetti dell'atto nullo; sul punto cfr. C. VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, *ivi*, secondo cui l'amministrazione potrebbe accertare essa stessa la nullità dell'atto o sostituendolo con altro valido o limitandolo anche formalmente, onde evitare che si possano creare affidamenti; sempre del medesimo autore cfr. anche *Art. 21-septies*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, spec. 933 ss.

⁵⁰ Per uno spunto in tal senso già P. CARPENTIERI, *Nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *Giust. amm. it.*, apprezzato da M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 275.

⁵¹ Per le puntualizzazioni espresse nel testo cfr. R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., 494 ss. Cfr. pure M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 247.

⁵² Per tutti cfr. A. GENTILI, *L'invalidità*, cit., 1339 ss.; da ultimo cfr. altresì M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. IV, *Rimedi*, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, 13 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit.

⁵³ Invita alla cautela nell'applicazione del modello civilistico anche M. D'ORSOGNA, *La nullità*, cit., 373. Cfr. pure S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 394-395.

Ora, la dottrina si è lungamente sforzata, sia prima sia dopo l'entrata in vigore dell'art. 21-*septies* di tener fermo il binomio nullità-inefficacia, o esaurendo la nullità nella rilevanza del provvedimento⁵⁴, ovvero – posto che, si dice, il diritto non si limita a descrivere ma pone regole – identificandola nella produzione di effetti non giuridici, ma pratici⁵⁵, ovvero ancora nell'apparenza di efficacia dell'atto in virtù della provenienza dall'autorità che ne consente l'esecuzione⁵⁶, tesi alle quali si è obiettato che le conseguenze giuridicamente rilevanti di un comportamento umano altro non sono che conseguenze giuridiche⁵⁷: in altri termini “gli effetti prodotti dal provvedimento invalido in quanto fatto giuridicamente rilevante non possono che essere effetti giuridici”⁵⁸.

È vero che nell'ipotesi di nullità potrebbe sostenersi che gli effetti sono riconducibili non all'atto, sibbene a una norma che lo assume come presupposto di fatto per applicare una certa disciplina, ma non si sfugge, o almeno così pare, a una marcata sensazione di artificiosità, sicché la non produttività di effetti giuridici dell'atto nullo sembra svanire⁵⁹, senza che ciò naturalmente significhi che disciplina e strumenti di reazione non siano diversi da quelli dell'atto annullabile. Ed allora la segnalata carenza dell'art. 21-*septies* appare di non poco momento.

La legge di diritto sostanziale taceva anche per quanto attiene alla giurisdizione in materia, se si eccettua il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel caso di atti nulli per violazione o elusione del giudicato, la quale, oltretutto, pone delicati problemi interpretativi⁶⁰.

Parte della dottrina aveva fin da subito ritenuto di utilizzare il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione facente leva sulla situazione soggettiva dedotta; si era osservato che, nonostante dall'atto nullo non potesse derivare il fenomeno della c.d. degradazione del diritto ad interesse legittimo, ciò non significava che il giudice ordinario avesse sempre giurisdizione sulle questioni di nullità degli atti amministrativi: “è vero il contrario: il giudice ordinario è competente laddove questi atti siano lesi-

⁵⁴ È la tesi di M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., *passim*.

⁵⁵ In tal senso A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., spec. 90 ss.

⁵⁶ Così F. LUCIANI, *Contributo*, cit., spec. 124 ss.

⁵⁷ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 281.

⁵⁸ M. TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ O forse meglio ridursi alla produzione di effetti *diversi* da quelli dell'atto semplicemente annullabile.

⁶⁰ Su quest'ultimo profilo cfr. *infra*, par. 4.



vi di diritti. Negli altri casi è confermata la giurisdizione amministrativa a tutela degli interessi legittimi⁶¹.

Altra parte della dottrina, però, aveva criticato la tesi che individuava la giurisdizione in tema di nullità partendo dalla natura della situazione giuridica fatta valere in giudizio, dal momento che secondo la più recente giurisprudenza costituzionale non sarebbe stata sufficiente per riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo l'esistenza di situazioni di interesse legittimo, richiedendosi anche il concreto esplicarsi di un potere autoritativo, il quale, per sua natura, difetterebbe nel caso di atto amministrativo nullo⁶².

Obiezione tuttavia tutt'altro che convincente ove si consideri, da un lato, la questione di legittimità costituzionale scrutinata dalla Corte, in relazione alla quale va inquadrato il riferimento della sentenza alla rilevanza del potere, e, dall'altro, la circostanza che le nuove fattispecie legali di nullità – ad eccezione del difetto assoluto di attribuzione, nella quale peraltro non è dato in concreto rinvenire il coinvolgimento di interessi legittimi pretensivi – vedono coinvolto proprio il potere dell'amministrazione, sia pure per concludere nel senso della nullità nel caso concreto del risultato finale.

⁶¹ Prima dell'emanazione del c.p.a. ritenevano che di fronte all'atto nullo il privato potesse vantare anche un interesse legittimo e che quindi in tali ipotesi la giurisdizione spettasse al giudice amministrativo G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2006, 301; V. CERULLI IRELLI, *Principii*, cit., vol. II, 237, 251; ID., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 33. In senso analogo C. VARRONE, *Nullità*, cit.; F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1812-1813; sul tipo di situazione soggettiva vantata di fronte ad un atto nullo cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti*, cit., 189; R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 265 ss.; ritiene che questo sia "problema tra i più complessi e tra i meno suscettibili di sicure soluzioni" E. CASSETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, 172.

⁶² In questo senso L. D'ANGELO, *Nullità provvedimento e determinazione della giurisdizione: verifica del potere autoritativo in astratto o in concreto?*, in www.lexitalia.it, che richiama la sentenza della Corte costituzionale, n. 191/2006, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 325/2001, poi trasfuso nell'art. 53, comma 1, d.p.r. n. 327/2001, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", ha chiarito che il comportamento dell'amministrazione non aganciato ad un concreto esplicarsi di potere autoritativo, in astratto sussistente, è devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario. Sottolinea che sia oltremodo problematica l'individuazione del giudice avente giurisdizione in materia di atti nulli F. SATTA, *La riforma della legge n. 241/1990: dubbi e perplessità*, cit., 3: "i provvedimenti in odore di nullità vanno impugnati di fronte al Tar? O la nullità deve essere accertata dal giudice ordinario? Ma se la nullità investe un provvedimento, atto di esercizio del potere, non sarebbe più corretto ritenere che i provvedimenti nulli devono essere disapplicati da chi ne viene leso?".

Infine, anche qui fino all'emanazione del codice del processo amministrativo, è stato dubbio il tipo di tutela giurisdizionale offerta nel caso di provvedimento amministrativo nullo.

L'originario silenzio del legislatore quanto a regime giuridico applicabile nel caso di nullità aveva offerto l'occasione alla giurisprudenza di assumere orientamenti originali. Si pensi all'affermazione secondo cui deve ritenersi ammissibile davanti al giudice amministrativo la proposizione di un'azione di nullità dell'atto per difetto di attribuzione, potendo in tal caso il giudice stesso emettere "una statuizione di annullamento, che accerti l'inesistenza giuridica del potere"⁶³.

"L'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercé la pronuncia di annullamento. È del tutto naturale che la nullità trovi sfogo in una statuizione di annullamento, che accerti l'inesistenza giuridica del potere ... La formula dell'annullamento ben si adatta all'esigenza che l'atto venga eliminato anche sul piano formale"⁶⁴.

Altri, invece, avevano suggerito la strada, all'apparenza più coerente con l'impostazione tradizionale del giudizio amministrativo, di una pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse ad impugnare un atto nullo⁶⁵.

Tuttavia l'azione dichiarativa della nullità di un contratto non si conclude affatto con una pronuncia di tal genere, in disparte il rilievo circa la dubbiosità dell'equazione nullità-mancata produzione di effetti intesa in senso assoluto. Incertezze esistevano soprattutto in ordine al termine per impugnare l'atto nullo, ritenendosi che con riferimento a tali tipi di atto, improduttivi di effetti *ab origine*, non fosse ragionevole l'estensione del termine di decadenza, non ponendosi il problema della stabilità del provvedimento stesso⁶⁶.

⁶³ Tar Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581. Ritiene che "si palesa del tutto ammissibile", a seguito dell'introduzione di una figura generale di nullità del provvedimento amministrativo, la previsione di un'azione meramente dichiarativa di nullità dinanzi al giudice amministrativo, M.R. SPASIANO, *Art. 21-septies*, cit., 577; in tema cfr. altresì F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1813-1818.

⁶⁴ Tar Puglia, Bari, sez. III, n. 4581/2005, cit.

⁶⁵ R. CHIEPPA, *Il nuovo regime*, cit.

⁶⁶ Sulla non necessità di rispettare l'ordinario termine decadenziale nel caso di impugnativa di atti amministrativi nulli cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872 e, in dottrina, R. CHIEPPA, *Il nuovo regime*,

Un chiarimento da parte del legislatore su alcuni di questi aspetti è giunto con l'art. 31, comma 4, del c.p.a., che ha disciplinato espressamente l'azione di nullità⁶⁷.

Anzitutto la normativa codicistica tace sul giudice avente giurisdizione in materia, salvo il caso delle cause nascenti dall'azione della particolare nullità provocata dalla violazione e dalla elusione del giudicato, attribuite a una giurisdizione che è contemporaneamente esclusiva e di merito (artt. 31, 114, 134, comma 1, lett. a, 133, comma 1, lett. a, n. 5, del c.p.a.)⁶⁸.

È pertanto da ribadirsi quanto sopra osservato, e cioè che la nullità per mancanza di elementi essenziali dell'atto, per difetto assoluto di attribuzione o per nullità testuale non deroga alla regola generale del riparto tra giurisdizioni, che fa leva sulla situazione giuridica soggettiva dedotta. È massima costante della giurisprudenza quella secondo cui in presenza di interessi legittimi pretensivi sussiste la generale giurisdizione di legittimità, mentre vi è giurisdizione del giudice ordinario, tranne nelle materia di giurisdizione esclusiva, nel caso di interessi legittimi oppositivi lesi da un atto nullo⁶⁹.

In secondo luogo la complessiva disciplina codicistica dell'azione di nullità ha recepito solo in parte gli aspetti salienti di tale forma di invalidità.

cit., il quale, però, osserva che, aderendo alla tesi dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità, si pone il problema di capire entro quali limiti temporali sia soggetta l'azione risarcitoria per danni consequenziali all'atto, che, benché nullo, è stato emanato e può, di fatto, essere stato eseguito.

⁶⁷ In tema, ampiamente, cfr. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 795 ss.; sulla disciplina processuale prima dell'avvento del codice di rito cfr. F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Soveria Mannelli, 2009. Da ultimo M.C. CAVALARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 242 ss.; A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012, 298 ss.; D. PONTE, *La nullità*, cit., 273 ss.

⁶⁸ Sulla previsione che devolve al giudice dell'ottemperanza in sede di giurisdizione esclusiva la cognizione dei provvedimenti nulli per violazione o elusione del giudicato cfr. *infra*, par. 5.

⁶⁹ Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1247; Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372; Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5814. Quanto affermato nel testo è comunque in linea con quanto sostenuto da A. ROMANO, *Nullità*, cit., che evidenzia le forti connessioni della distinzione tra annullabilità e nullità del provvedimento, da un lato, e il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice civile, dall'altro, "giacché il sindacato sui provvedimenti solo annullabili è riservato al primo, mentre l'accertamento della loro nullità in linea di principio spetta al secondo". In tema cfr. altresì M. CLARICH, *Manuale*, cit., 141.

Da un lato, ha sancito la perpetua opponibilità in giudizio della nullità ad opera della parte resistente e della sua rilevabilità di ufficio da parte del giudice. Dall'altro, "a fronte di un aspetto tipico della nullità, rappresentato dalla previsione di un'azione imprescrittibile volta ad ottenerne la declaratoria da parte di chiunque vi abbia interesse", ha invece introdotto un termine decadenziale di 180 giorni per la proposizione della domanda, eccezion fatta per la nullità dovuta a violazione o elusione del giudicato che può essere fatta valere nel termine lungo di prescrizione dell'*actio iudicati* (art. 114, comma 4, lett. b, del c.p.a.)⁷⁰.

La questione del tempo è sempre stata nevralgica per la tematica della nullità provvedimentoale. Nel 1911 il giudice amministrativo aveva affermato che "il sistema amministrativo non ammette la nullità ... perché altrimenti si giungerebbe alla conseguenza esorbitante che la massima parte delle violazioni di norme amministrative, dettate appunto nel pubblico interesse, sarebbero in qualunque tempo denunciabili, mettendo così quasi nel nulla l'efficacia dei termini stabiliti per ricorrere"⁷¹. Come è stato giustamente osservato, alla base dell'impostazione del Consiglio di Stato vi era l'idea della garanzia dell'efficacia e della stabilità delle decisioni amministrative e conseguentemente l'esigenza di certezza⁷².

Sebbene con la codificazione della nullità l'art. 21-*septies* abbia chiaramente inteso introdurre una figura di invalidità del provvedimento più

⁷⁰ Sul punto cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799; Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993, e, in dottrina, B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269 ss., a detta del quale l'apposizione di un termine all'azione è contraddittoria rispetto al concetto di nullità che contenebbe in sé l'idea di un'azione imprescrittibile e parla di annullabilità "rafforzata" in ragione del termine breve d'impugnativa, con la conseguenza di attribuire alla logica decadenziale dell'annullabilità il valore di principio sommerso del sistema; cfr. altresì A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 25 ss.; per quanto riguarda poi la rilevabilità d'ufficio della nullità, la giurisprudenza ha chiarito che essa è una deroga alla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, è "una potestà, un potere-dovere, il cui esercizio è sempre obbligatorio", "come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali che la legge ha assegnato (al giudice)" (Cons. giust. amm. reg. sic., 27 luglio 2012, n. 721; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 13 dicembre 2012, n. 2000). Sulla rilevabilità d'ufficio pre-codicistica cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimitazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 999 ss. Critica la disciplina introdotta dal c.p.a. in quanto ritenuta incompatibile con la qualifica di nullità del provvedimento S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 396-397.

⁷¹ Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 1911, in *Giur. it.*, 1912, III, 162.

⁷² D. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, vol. II, 51 ss., 52, cui si rinvia anche per un ottimo sguardo comparatistico.

grave rispetto alle normale annullabilità, al momento di disciplinare le modalità con cui la nuova invalidità può essere fatta valere in sede processuale, hanno prevalso le istanze di certezza espresse dal giudice amministrativo nel 1911, attraverso l'imposizione di un termine breve di proposizione dell'azione stessa. Come di recente ha affermato il Consiglio di Stato, le esigenze di certezza dell'attività amministrativa "mal si conciliano con la possibilità che questa possa restare esposta ad impugnative non assoggettate a termini di decadenza o prescrizione quale quella di nullità disciplinata dal codice civile, tanto è vero che il codice del processo amministrativo assoggetta la medesima azione ad un preciso termine decadenziale, sebbene più ampio di quello valevole per l'azione di annullamento"⁷³.

Di conseguenza, solo apparentemente la nullità disciplinata dal combinato disposto dell'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990 e dell'art. 31 c.p.a. si presenta come un istituto di diritto sostanziale. Essa in realtà è un altro modo per ribadire che il diritto amministrativo sostanziale è ancora dominato dal carattere impugnatorio del processo amministrativo, e cioè che la forma della tutela giurisdizionale è il presupposto logico dell'intero sistema⁷⁴.

Sullo sfondo resta la questione, tutt'ora irrisolta, dell'idoneità o meno dell'atto nullo a produrre effetti giuridici.

Puntualmente, la già ricordata pronuncia del Cons. Stato n. 2872/08, nello stabilire che, in mancanza di una disciplina espressa del termine per la proposizione dell'azione di nullità, sarebbe risultata applicabile la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità, sottolineava che "la gravità delle patologie elencate dall'articolo 21-*septies* comporta che l'atto sia, in radice, inidoneo a produrre effetti giuridici. Questa assoluta inidoneità strutturale dell'atto comporta che l'interessato possa fare accertarne la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna".

L'intenzione del legislatore nell'introdurre un termine di decadenza per l'azione di nullità è stata chiara, avendo lo scopo di evitare che, consolidandosi la posizione espressa dal Consiglio di Stato nella pronuncia ricordata, si installasse stabilmente nel sistema del diritto amministrativo l'ipotesi di un atto "assolutamente inidoneo a produrre effetti giuridici". In diverse parole, la disciplina dell'azione di nullità introdotta dal c.p.a. è stata dettata dalla convinzione che non vi siano violazioni "di norme det-

⁷³ Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792.

⁷⁴ M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire*, cit., 1022.

tate nel pubblico interesse” così gravi da poter “essere denunciate in ogni tempo”, come aveva sostenuto la giurisprudenza amministrativa nel 1911.

Eppure, una volta introdotto nell’ordinamento, il criterio della distinzione delle violazioni a seconda della loro gravità sembra difficile da confinare a una dimensione puramente nominalistica – perché, stando alla disciplina del c.p.a., tra nullità e annullabilità non c’è molto più che una differenza di nome – e continua a riproporre in varie forme quella strutturale inidoneità a produrre effetti che caratterizza l’atto nullo⁷⁵.

Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sulla nullità delle clausole del bando di gara, comminata prima dall’art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006 ora dall’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. La normativa stabilisce che “i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”. Come è stato osservato da una recente pronuncia, “questa evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale, [è] tale da non esigere nemmeno un’espressa impugnazione, come risulta dal ricorso all’espressione “comunque”. La sanzione della nullità dettata dalla norma, in luogo di quella dell’annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale⁷⁶.

Si pensi altresì alla problematica affermazione della Cassazione per

⁷⁵ Il tema dei risultati pratici suscettibili di valutazione giuridica che l’atto amministrativo nullo sarebbe idoneo a produrre è uno degli aspetti più delicati nella sistematica della nullità provvedimento. Sul punto si rinvia, da ultimo, a F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 16, secondo cui l’atto nullo, pur “inidoneo a produrre la sua tipica efficacia primaria, è tuttavia causa di effetti indiretti di carattere positivo (aspettativa di sanatoria o di conservazione) o negativo (eliminazione e ripristino dello *status quo*)”; A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell’atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 269 ss.; M. DELSIGNORE, *L’ordinaria rilevanza dell’atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, 851; osserva poi F.G. SCOCA, *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379, che “nella concreta realtà dei comportamenti dell’amministrazione è davvero difficile ipotizzare che vi possa essere diversità di atteggiamenti di fronte a provvedimenti nulli rispetto a provvedimenti annullabili. L’amministrazione tenderà in entrambi i casi a comportarsi in modo identico, sia per quanto riguarda l’autotutela sia per quanto attiene alla esecuzione dei provvedimenti”.

⁷⁶ Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 1828. Tuttavia si registra in giurisprudenza anche l’opinione contraria per cui la nullità del bando ex art. 46 “deve essere dichiarata previa conversione dell’azione di annullamento in azione di nullità, e nel termine di decadenza è previsto dal comma 4, art. 31 cpa.” (Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 10 settembre 2012, n. 914).