



Università degli Studi di Cagliari

**DOTTORATO DI RICERCA**

**DIRITTO DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA INFORMATIZZATA**

**E DELLA COMUNICAZIONE PUBBLICA**

**Ciclo XXVII**

**NULLITA' E INESISTENZA DEL PROVVEDIMENTO  
AMMINISTRATIVO: PROFILI STATICI E DINAMICI DEL RAPPORTO  
ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEL PROCESSO**

*Dottoranda:*

Dott.ssa Michela Lampis

*Coordinatore:*

Prof. Felice Ancora

*Tutor:*

Prof.ssa Paola Piras

esame finale anno accademico 2013 - 2014

12/DIIUS/10

## Abstract

Nel progetto iniziale la mia idea di ricerca prevedeva un percorso articolato essenzialmente in due fasi. In una prima fase, avrei affrontato il tema relativo alla distinzione tra fattispecie nulla e inesistente, secondo una prospettiva di teoria generale.

Mossa da quell'intento, ho così iniziato il mio percorso, sia di studio che di ricerca, analizzando i contributi della dottrina civilistica più autorevole<sup>1</sup>.

L'approccio iniziale, a tratti marcatamente civilistico, si è reso a mio avviso indispensabile, e ciò essenzialmente per due ragioni: l'una legata alla trasversalità del tema di ricerca, che affonda le sue radici proprio in ambito civilistico, l'altra imposta dalla necessità di evidenziare la specialità del provvedimento amministrativo rispetto al negozio giuridico, onde negare la possibilità di colmare eventuali vuoti normativi attraverso un rinvio mero alle categorie privatistiche.

In una seconda fase, mi sarei invece dedicata ai profili più strettamente connessi alla tutela, o meglio alle ricadute che la distinzione tra nullità e inesistenza avrebbe determinato sul piano della tutela delle posizioni giuridiche soggettive incise dal provvedimento, nullo e inesistente.

Analizzando però più in dettaglio rapporti tra le due figure, dapprima sotto un profilo logico – giuridico, e successivamente da un punto di vista pratico, specie con riferimento al dato positivo più recente, mi sono accorta che la strada inizialmente

---

<sup>1</sup> Tra cui, in particolare: G. Filanti, “*Inesistenza e nullità del negozio giuridico*”, Napoli 1983, pag. 16 ss. - T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità* in “*Problemi Giuridici*” -Tomo I cap. VI - - pagg. 227-232, Ed. Giuffrè 1959

- Carnelutti, “*Inesistenza dell'atto giuridico*” in Riv. Dir. Proc., 1955, I, 208 ss. - Ferrari, “*Inesistenza e nullità del negozio giuridico*” in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958, pag. 514 ss. - R. Sacco, “*Nullità e annullabilità*” in Noviss. Dig. It, 1965, vol. XI, pag. 456; Betti, “*Teoria generale del negozio giuridico*”, pag. 473; Santoro – Passarelli, “*Dottrine generali del diritto civile*”, pag. 242 ss., Ed. Jovene 2002.; C. M. Bianca, “*Diritto civile*” volume III - Il contratto - pag. 613 ss, Ed. Giuffrè 2000; - R. Scognamiglio, “*Contratti in generale*”, Ed. Vallardi 1980. - Fedele, “*L'invalidità del negozio giuridico*”, pag. 35 ss. Sempre a livello di teoria generale, ho poi esteso la mia indagine allo studio della dottrina civilistica francese, ove appunto nasce il concetto stesso di inesistenza. Infatti, osserva G. Filanti nella sua opera, la figura del negozio inesistente è stata introdotta dalla citata dottrina al fine di ovviare al principio della tipicità delle cause di nullità del matrimonio (*pas de nullité sans texte*). L'inesistenza veniva cioè ad offrire “*il rifugio concettuale idoneo a soddisfare l'esigenza pratica di impedire che gravi anomalie del matrimonio, non indicate dal legislatore come cause di nullità, risultassero, in forza del suddetto principio, addirittura ininfluenti sulla validità di esso*” (pag. 14-15).

intrapresa, in relazione al provvedimento amministrativo, non sarebbe stata più percorribile. Man mano che approfondivo la mia ricerca, e affrontavo il tema in una dimensione strettamente pubblicistica<sup>2</sup>, i termini del dibattito assumevano contorni via via differenti, e soprattutto non consentivano più di affrontare le relative questioni scindendo le due prospettive, affrontandole cioè dapprima esclusivamente sotto un profilo di teoria generale, o comunque circoscritto all'esame del dato sostanziale, e successivamente sotto il profilo della tutela, con riferimento, dunque, alla normativa processuale.

---

<sup>2</sup>Vista la povertà - in termini quantitativi - dei contributi, ho preferito soffermarmi sul pensiero degli autori che, con grande fatica, hanno dedicato al tema un'ampia ed esclusiva disamina, tra i quali in particolare : R. Porrini, che per primo ha dedicato uno studio sistematico alla nullità nel diritto amministrativo con il suo *"Contributo alla teoria delle nullità di atti amministrativi"* in Arch. Giur., LXIV, 1900, 519 ss., R. Caranta *"Nullità e inesistenza dell'Atto amministrativo"*, Milano, Ed. Giuffrè, 1990. A. Bartolini *"La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo"*, Ed. Giappichelli, 2002. A. De Valles *"La validità degli atti amministrativi"*, Ed. Cedam 1986. P. Virga *"Il provvedimento amministrativo"*, Milano Ed. Giuffrè, 1972. Piras A., *"Invalidità"* (dir. Amm.), 604.E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo I*, ed. Cedam, 1980, pag. 375- 392. M.S. Giannini *"Il potere discrezionale della pubblica amministrazione"*, 14 s e 115 ss (per quanto riguarda la distinzione tra discrezionalità amministrativa ed autonomia privata (pag. 14 s e 115 ss) e la conseguente inapplicabilità della teoria negoziale - con riferimento agli elementi essenziali - alla struttura del provvedimento). G. Corso, *"Validità (diritto amministrativo)"* in Enc. Dir., XXI, Milano, 1993. M.S. Giannini, *"Lezioni di diritto amministrativo"*, I, Milano, 1950, 384 ss e 428 s. M.S. Giannini, *"Diritto amministrativo"*, Milano, 1970, prima ed. , 620 . A.M. Sandulli, *"I limiti di esistenza dell'atto amministrativo"*, 1949, I, 125 ss. I recenti interventi normativi apportati in materia dapprima con la legge 11 febbraio 2005 n. 15 e da ultimo con il D. Lgs n. 104/2010, mi hanno imposto di rivisitare il tema della mia ricerca, specie per ciò che concerne i profili connessi alla tutela e all'ammissibilità di azioni di accertamento, sulla base della dottrina e della giurisprudenza più recenti. Lo studio è quindi proseguito esaminando il contributo dei seguenti autori: F. Ancora, *Le fattispecie quali componenti della dinamica dell'ordinamento*, Giappichelli, 2006 - M. D'Orsogna, *"Il problema della nullità in diritto amministrativo"*, Milano, 2004. - F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Terza ed., Giuffrè, 2004. M. Corradino, *Diritto amministrativo*, Cedam, 2009, pag. 909 ss. F.G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, terza edizione, 2013, pag. 173-221. M. Tiberi, *"La nullità e l'illecito"*. Contributo di diritto amministrativo, Napoli, 2002. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, decima edizione rivista e aggiornata, 2013, Giappichelli, pagg. 193-220. G. Abbamonte, *"L'ingresso del fatto nel processo amministrativo"*, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) (Relazione al Convegno organizzato dalla Società Italiana degli Avvocati amministrativisti - Sezione della Sicilia orientale su *"La legge n. 205 del 2000 e l'ingresso del fatto nel processo amministrativo"*, Aula congressi del T.A.R. Catania, 18 maggio 2002). D. Dell'oro *"Brevi note in tema di nullità-inesistenza del provvedimento amministrativo"* - nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, [sentenza 27 ottobre 2005, n. 6023](#). S. De Felice, *"Della nullità del provvedimento amministrativo"*, sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. Greco, *"L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo"*, pubblicato in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) il 3 gennaio 2011. Tra i contributi più recenti: I. Zingales, *"Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa"*, Ed. Dike 2014. C. Cavallari, *"La nullità del provvedimento amministrativo"*, Ed. Nel Diritto 2014.

Ho così modificato il mio percorso, e dopo una prima parte del lavoro, volta a chiarire i termini del dibattito relativo all'opportunità di mantenere distinta la categoria della nullità rispetto all'inesistenza, con riferimento al periodo sia antecedente che successivo all'introduzione della disciplina sostanziale e processuale in tema di nullità, ho proseguito l'analisi delle varie questioni applicative via via che le stesse si sottoponevano alla mia attenzione, sollecitate dalla disamina del dato normativo e congiuntamente allo stesso.

Il risultato è stato quello di un lavoro avente un taglio e una finalità essenzialmente processuale, rispetto al quale gli aspetti sostanziali, seppure di indubbia rilevanza, per ovvie ragioni di contenimento dell'analisi, sono stati affrontati solo "incidentalmente", nei limiti strettamente necessari ad una corretta comprensione e soluzione delle molteplici problematiche emerse sul versante processuale.

L'art. 31 comma 4 c. p. a., in particolare, è stato esaminato in dettaglio, nella sua architettura formale e nella sua struttura sostanziale, specie con riferimento all'articolato regime del termine e alle ragioni ad esso sottese. E' nella disciplina del termine che si coglie, infatti, l'attenzione del legislatore verso il dato sostanziale, rappresentato dalla varietà di interessi, pubblici, ma anche privati, incisi dal provvedimento nullo.

L'analisi del dettato normativo è poi proseguita con un approccio comparatistico, rispetto ad istituti e categorie apparentemente affini alla nullità, e ciò al fine di evidenziare le differenze rispetto alla categoria dell'inesistenza.

In ultimo, il lavoro prevede un'ampia trattazione delle possibili forme di tutela esperibili nei confronti del provvedimento nullo, nei diversi ambiti - non solo amministrativo, ma anche penale - incisi dall'esercizio del potere.

## **Abstract**

At the beginning, the research was intended to be developed in two stages. In the first stage I had to analyze the difference between invalid and non-existent case from a general perspective.

With this goal in mind, I began this study and research analyzing the most reliable contribution of civil law.

The initial approach, profoundly linked to civil law, was, in my opinion, necessary due to two reasons: the first reason is the versatility of the subject that has its roots in civil law; the second reason is the need to highlight the peculiarity of the administrative decision in comparison with the legal transaction, in order to deny the opportunity to fill any regulatory gaps merely through a reference to the categories of private law .

In a second stage, I had to analyze the profiles more closely related to protection, or, to better say, to the impact that the distinction between invalidity and non-existence would have determined on the protection of subjective legal claims affected by the measure, invalid and non-existent.

However, analyzing in detail the relationship between the two figures , first from a logical – legal point of view , and later from a practical point of view , especially with reference to the recent positive outcome, I realized that the approach initially undertaken regarding the administrative measure, would no longer be effective.

Developing my research and approaching the topic from a public law perspective, I realized that the debate was gradually taking different characteristics that didn't allow to face the issues splitting the two perspectives (first addressing them only from a general point of view -or at least limited to the examination of substantial data- and then in terms of protection, therefore with reference to the procedural law). Therefore, I changed my approach and, after a first part of the work intended to clarify the terms of the debate on the advisability of maintaining two distinct categories (invalidity and non-existence), referring both to the period before and after the introduction of the substantive and procedural rules on invalidity, I continued

the analysis of the various applications as they came to my attention, prompted by and jointed to the examination of normative data.

The result was a work whose appearance and purpose is essentially procedural. For this reason, the substantial aspects, due to the need of conciseness, although of undoubted importance, were addressed only " incidentally ", with the purpose of correctly understand and solve the numerous problems that emerged on the case .

Article 31 paragraph 4 c . p . a., in particular, has been examined in detail in its architecture and in its formal structure, especially with reference to the complex regulation of the term and the reasons underlying it .

It is in the discipline of the term that we find , in fact , the legislator's attention to the substantial figure , represented by the variety of interests , public as well as private , affected by the invalid measure.

The analysis of the provision of the law continued with a comparative approach , with respect to institutions and categories that appear similar to the invalidity. That was in order to highlight the differences with the category of non-existence.

Finally, the work provides a broad discussion of the possible forms of protection remedies available against the invalid measure in different areas - not only administrative , but also criminal - affected by the exercise of power.

## *Premessa*

Il mio interesse verso il tema della nullità e dei suoi rapporti con l'inesistenza nasce dalla considerazione per cui, nel diritto amministrativo, a differenza che nel diritto privato, le posizioni giuridiche soggettive assumono valore solo nella fase patologica<sup>3</sup>.

La situazione di interesse legittimo è infatti rilevabile esclusivamente in presenza di un provvedimento illegittimo, in assenza del quale non è dato al suo destinatario sottrarsi all'esercizio del potere. Ciò non significa, metterne in dubbio l'esistenza, ma semplicemente evidenziarne l'inutilità, ogniqualvolta esso sia avulso da un atto potenzialmente lesivo.

Quanto osservato discende dal fatto che le situazioni giuridiche soggettive si qualificano in relazione alla posizione che le stesse occupano all'interno di un rapporto: quando si afferma la titolarità di un interesse legittimo si allude sempre ad una relazione con l'Amministrazione avente specifiche caratteristiche. Si enuncia cioè una nozione che è strettamente correlata ad un'azione di tipo impugnatorio.

Di qui, la difficoltà di immaginare la situazione di interesse legittimo avulsa dalla patologia del provvedimento e dalle connesse azioni previste a sua tutela.

Queste riflessioni, maturate nel corso dello studio prodromico al presente lavoro, mi hanno indotto a variare il percorso originariamente intrapreso e ad affrontare la tematica relativa ai rapporti tra fattispecie nulla e inesistente, in una nuova prospettiva, non già statica bensì dinamica, che tenga conto cioè dell'evolversi del rapporto tra le due figure, alla luce della nuova disciplina processuale, contenuta nel D. Lgs n. 104-2010.

Le predette considerazioni, imposte prima dalla logica che dal diritto, trovano peraltro riscontro all'interno del dato positivo. La prima indicazione, in tal senso,

---

<sup>3</sup> In sostanza, si qualifica l'interesse legittimo aprioristicamente rispetto alla facoltà concessa dall'ordinamento al suo titolare di sottrarsi al potere pubblico.

promana dall'art. 24 della Costituzione<sup>4</sup>, che "aggancia" la titolarità delle posizioni giuridiche soggettive alla possibilità di agire in giudizio per la tutela delle stesse.

Quanto osservato giustifica altresì la metodologia prescelta per la trattazione del tema, costantemente segnato - quasi all'*exasperazione* - da un approccio comparatistico con il diritto civile, e ciò essenzialmente per due ordini di ragioni.

La prima, di più ampio respiro, è quella per cui il raffronto con la disciplina e gli istituti civilistici ci permette di cogliere le diversità e le dinamiche sottese all'esercizio del potere ed è quindi funzionale ad una migliore comprensione del diritto amministrativo.

La seconda, più specifica, è legata alle significative ricadute che un approccio di tipo comparatistico presenta sul tema oggetto di ricerca, che va oltre la consueta trattazione della nullità, quale stato viziante il provvedimento, e attraverso una compiuta analisi del dato processuale, si spinge ad analizzare i rapporti con altre figure, apparentemente affini, tra cui, in particolare, l'inesistenza, figura, quest'ultima, alla quale la nullità risulta intrinsecamente legata, in ragione della "indeterminatezza" concettuale che le accomuna e del "dubbio" che spesso le avvolge, sino ad un'eventuale definitivo accertamento compiuto in sede giurisdizionale.

Con riferimento al provvedimento amministrativo, l'opportunità di mantenere distinte la categoria della nullità rispetto a quella dell'inesistenza è giustificata, se non addirittura imposta, dalle peculiarità dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione e degli atti costituenti esercizio dello stesso.

Il continuo raffronto tra il negozio giuridico e il provvedimento amministrativo, inoltre, agevola la percezione della distanza intercorrente tra di essi, con conseguenti

---

<sup>4</sup> L'art. 24 comma 1 della Costituzione statuisce: " Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi". Con riguardo alle posizioni di diritto soggettivo il dato normativo di riferimento è invece rappresentato dalla Legge abolitiva del contenzioso amministrativo ((L. 20 marzo 1865 n. 2248), Allegato "E", il cui art. 2 dispone: "sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa").



riflessi sul rapporto tra nullità e inesistenza, sempre più evidenti man mano che si passa da una dimensione privatistica ad una dimensione pubblicistica.

Basti pensare che in ambito civilistico coloro che attribuiscono rilievo alla distinzione tra nullità e inesistenza fondano il proprio convincimento sulla idoneità del contratto (o del negozio) nullo a produrre effetti, non solo fra le parti (art. 2126 c.c. , art. 590 c.c. e 799 c.c.), ma anche rispetto ai terzi (2652 n. 6 c.c.).

Si tratta, invero, di ipotesi in cui l'efficacia del contratto - o del negozio - nullo ha in realtà una genesi del tutto peculiare. Si riconduce infatti o alla *voluntas legis* (art. 2126 c.c.) o al comportamento delle parti (art. 590 e 799 c.c.), nella cui disponibilità finisce dunque per essere rimesso l'interesse sotteso alla sanzione della nullità.

Significativa, è altresì la qualità degli effetti che l'ordinamento civile riconduce al contratto nullo. Si tratta, infatti, pur sempre di effetti "giuridici". Laddove, nella prospettiva pubblicistica, gli unici effetti riconducibili al provvedimento nullo risultano essere solo quelli "materiali", la cui realizzazione rappresenta peraltro un'evenienza connessa all'eventuale attuazione del provvedimento ad opera della P.A. La produzione di effetti materiali, insita nella normale esecutività del provvedimento, rappresenta quel *quid pluris* che impone di prendere le distanze, nella trattazione del tema relativo alla distinzione tra fattispecie nulla e inesistente, rispetto alla corrispondente questione affrontata secondo la prospettiva civilistica.

L'idea di fondo, così come l'approdo del presente lavoro, è dunque quella per cui la nullità provvedimentoale, malgrado il processo di privatizzazione, che ha investito non solo l'organizzazione, ma anche l'attività amministrativa, conserva tuttora tratti di forte specialità.

## INDICE

Abstract in lingua italiana.....	2
Abstract in lingua inglese.....	5
Premessa.....	7

## CAPITOLO I

### *PROFILI STATICI DEL RAPPORTO TRA NULLITA' E INESISTENZA*

1. Inadeguatezza del dato effettuale quale parametro di rilevanza del fatto e quale criterio distintivo tra provvedimento nullo e inesistente. Cenni preliminari.....	10
2. Trattati di specialità del provvedimento rispetto al negozio giuridico. Profili di teoria generale.....	15
3. <i>Segue.</i> Brevi osservazioni sulla “specialità” della patologia provvedimentale. Profili di rilevanza ai fini della individuazione della disciplina applicabile.....	19

## CAPITOLO II

### *PROFILI DINAMICI DEL RAPPORTO TRA NULLITÀ PROVVEDIMENTALE E INESISTENZA.*

1. La nullità del provvedimento nel nuovo codice del processo amministrativo.....	23
2. L'architettura formale dell'art. 31 comma 4 del D. lgs n. 104-2010.....	25
3. L'art. 31 comma 4 quale espressione del principio di unicità e atipicità del diritto di azione. Effettività della tutela e autonomia del privato nella scelta dei mezzi volti a garantirla.....	26
4. L'autonomia del privato tra atipicità dell'azione e tipicità dei poteri giurisdizionali.....	28

5. Rilievi critici alla previsione di cui all'art. 31 comma 4 cpa.....	30
5.1. La collocazione sistematica dell'azione di nullità. Scelta o necessità?.....	30
5.2. Brevi considerazioni sulla effettiva coerenza sistematica dell'art. 31 comma 4 c.p.a.....	36
6. <i>Segue</i> . La tecnica di formulazione della norma.....	38
7. Bilancio dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Compatibilità e coerenza del nuovo regime processuale con la preesistente normativa in tema di nullità e annullabilità. Brevi cenni.....	41
8. Dall'architettura formale al contenuto sostanziale dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Il regime temporale quale criterio di interpretazione e integrazione del dato normativo.....	46
9. La disciplina del termine, prima e dopo l'introduzione dell'art. 31 comma 4 D. Lgs n. 104-2010.....	48
10. La "specialità" della nullità provvedimentoale in rapporto alla nullità civilistica di protezione.....	53
11. L'incidenza del dato sostanziale sulla disciplina del termine. <i>Ratio</i> della differenziazione del termine.....	56
12. Il concetto di efficacia e di inefficacia riferito al provvedimento nullo- e inesistente.....	59
13. Il concetto di "attualità" della lesione riferito al provvedimento nullo.....	66
14. L'interesse e la legittimazione ad agire nell'azione di nullità provvedimentoale.....	69

### CAPITOLO III

#### *FORME DI TUTELA, GIUDIZIALI E STRAGIUDIZIALI, AVVERSO IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NULLO.*

1. La tutela in sede giudiziale, in particolare la tutela conseguente all'esercizio dell'azione di nullità dinanzi al Giudice amministrativo. ....	74
--	----

2. Osservazioni in merito alla configurazione della nullità del provvedimento in termini di inerzia “effettuale”. Il rapporto tra nullità e silenzio-inadempimento quale indice di rilevanza della distinzione tra inesistenza giuridica e materiale. ....	79
3. La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo.....	85
4. La tutela cautelare avverso il provvedimento nullo. Rilevanza della tutela <i>meramente</i> dichiarativa ai fini della distinzione tra fattispecie nulle e inesistenti.....	92
5. Ricadute della distinzione tra fattispecie nulla e inesistente sul piano - della tutela.....	96
6. Forme di tutela stragiudiziale nei confronti del provvedimento nullo. L'autotutela privata. a) <i>Presupposti e limiti all'esercizio del diritto di resistenza.</i> b) <i>Il diritto di resistenza avverso un provvedimento amministrativo inesistente</i> .....	98
7. Il decorso del termine per l'esercizio dell'azione di nullità. Rischi e rimedi a tutela del privato.....	102
8. Il potere di autotutela dell'Amministrazione nei confronti del provvedimento nullo e inesistente.....	107
9. La tutela in sede penale.....	111
10. La <i>relatività</i> del concetto di inesistenza.....	113
Bibliografia.....	116

## CAPITOLO I

### *PROFILI STATICI DEL RAPPORTO TRA NULLITÀ E INESISTENZA*

Sommario: 1. Inadeguatezza del dato effettuale quale parametro di rilevanza del fatto e quale criterio distintivo tra provvedimento nullo e inesistente. Cenni preliminari. - 2. Trattati di specialità del provvedimento rispetto al negozio giuridico. Profili di teoria generale. - 3. *Segue*. Brevi osservazioni sulla "specialità" della patologia provvedimentale. Profili di rilevanza ai fini della individuazione della disciplina applicabile.

#### **§ 1. Inadeguatezza del dato effettuale quale parametro di rilevanza del fatto e quale criterio distintivo tra provvedimento nullo e inesistente. Cenni preliminari.**

In funzione propedeutica all'analisi dei rapporti tra nullità e inesistenza, si pone la più ampia problematica della fattispecie giuridica, con la quale, il legame tra di esse intercorrente va inevitabilmente ad intersecarsi.

La ricostruzione del rapporto tra le due figure appare, infatti, condizionato dalla concezione teorica accolta in merito alla qualificazione giuridica del fatto, ovvero all'identificazione degli elementi in presenza dei quali lo stesso assume rilevanza per il diritto.

Secondo la teoria tradizionale della causalità<sup>5</sup>, per cui è giuridico solo il fatto produttivo di effetti, il rapporto intercorrente tra nullità e inesistenza andrebbe ricostruito in termini di equivalenza. L'improduttività di effetti giuridici, fisiologicamente connessa al vizio di nullità, porterebbe a configurare il fatto da esso colpito come "giuridicamente irrilevante", ed in quanto tale inesistente per il diritto<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Per un'ampia ricostruzione della dottrina tradizionale in materia di causalità giuridica si veda Cataudella A., *Fattispecie*, in *Enc. Dir.* XVI, Milano 1967, 927 ss. Per quanto riguarda, invece, i riferimenti bibliografici sul rapporto tra teoria della fattispecie (vista nell'ottica della causalità giuridica) e nullità, si rinvia al singolare e imprescindibile lavoro di Filanti G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 30 (nota 79).

<sup>6</sup> Per un richiamo a tale concezione vedi, nell'ambito della dottrina più recente, Notari V., *Nullità del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, p. 573, a cura di Tomei R., Padova, 2005; Spasiano M.R., *Art. 21 septies. Nullità del provvedimento amministrativo in La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino, 2005, pag. 552.

Viceversa, secondo la più recente concezione realistica<sup>7</sup>, una fattispecie può dirsi rilevante allorché a prescindere dalla produzione di effetti giuridici, costituisce oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento. Di qui, l'inevitabile distinzione tra fattispecie nulla e inesistenza.

Difatti, mentre la prima è frutto di un giudizio di disvalore che la norma compie nei confronti della fattispecie imperfetta, e quindi nulla<sup>8</sup>, la seconda, viceversa, in quanto estranea a qualsivoglia valutazione da parte dell'ordinamento, è totalmente avulsa dallo stesso, ed è pertanto priva di valore per il diritto.

Alla stregua di tale concezione, nullità e inesistenza si collocano su piani differenti. Il relativo rapporto viene così ricostruito, quanto meno in astratto, in termini non già di equivalenza, bensì di coesistenza. La sussistenza in concreto di tale rapporto è invece rimessa alla scelta di diritto positivo, operata nel singolo ordinamento giuridico<sup>9</sup>.

Ora, delle predette concezioni teoriche, elaborate con riferimento alla fattispecie giuridica, è prevalsa in dottrina la concezione realistica. L'estrema valorizzazione del dato effettuale, che la contrapposta teoria causalistica pone a fondamento del giudizio di rilevanza del fatto, mostra, da subito, le sue debolezze. Pima di tutto, sotto il profilo metodologico: l'assunto iniziale, che pretende di inferire l'esistenza dell'atto al riscontro degli effetti giuridici da esso prodotti, inverte la sequenza logicamente imposta nell'analisi e nella qualificazione dei fenomeni giuridici.

La produzione degli effetti attiene, infatti, ad un momento che si presenta non solo cronologicamente, ma anche logicamente, successivo alla verifica dell'esistenza dell'atto, che va invece misurata sulla base della qualificazione operata dall'ordinamento.

---

<sup>7</sup> In ordine alla ricostruzione della concezione realistica della fattispecie si veda Notari V., cit., pag. 573.

<sup>88</sup> L'ordinamento prende in considerazione la fattispecie nulla nel momento in cui detta il regime giuridico dell'atto nullo, caratterizzato dall'improduttività degli effetti tipicamente connessi all'atto. Da qui, la rilevanza giuridica della fattispecie nulla, nonostante la preclusione di effetti dell'atto affetto da nullità.

<sup>9</sup> Sottolinea la necessità di distinguere i due piani della questione, in sede di teoria generale ed in riferimento all'ordinamento positivo del singolo settore Caranta R., cit., 19 ss, in particolare pag. 22 s. In merito all'opportunità di impostare la questione sul terreno del diritto positivo si veda Piras A., cit., pag. 603.

Ma l'inadeguatezza del dato effettuale si manifesta con particolare evidenza ove si passi ad esaminare nel vivo la questione oggetto della presente indagine, quella cioè relativa ai rapporti tra nullità e inesistenza affrontata in una prospettiva pubblicistica, ovvero con riferimento non già al contratto, e più in generale agli atti di natura negoziale, bensì al provvedimento amministrativo, quale manifestazione tipica del potere autoritativo.

Il dato effettuale, quantomeno con riferimento al provvedimento, non è sufficiente a cogliere, nella sua essenza, la diversità intercorrente tra le due figure. E ciò a prescindere dalla accezione considerata. Dunque, non solo con riferimento alle ipotesi, legislativamente previste, di eccezionale efficacia giuridica del provvedimento nullo, ma anche con riferimento alla normale improduttività di effetti che tipicamente consegue al vizio nullità<sup>10</sup>, e quindi anche all'inesistenza.

I tratti di specialità propri del provvedimento ci portano dunque a superare il momento dell'efficacia (o dell'inefficacia) e a ricercare altrove il criterio distintivo tra fattispecie nulla e inesistente.

## **§ 2. Tratti di specialità del provvedimento rispetto al negozio giuridico. Profili di teoria generale.**

L'idea di fondo, che sorregge il presente lavoro, è quella per cui la nullità provvedimentale, pur affondando le proprie radici nel diritto comune, presenta tratti di forte specialità, e ciò non solo in relazione alla corrispondente patologia civilistica (*specialità orizzontale*), ma altresì nel rapporto con la più ampia categoria cui essa si riconduce<sup>11</sup> (*specialità verticale*).

---

<sup>10</sup> Rispetto all'improduttività di effetti giuridici, che rappresenta peraltro elemento comune alle due figure, la distanza tra nullità provvedimentale e inesistenza si percepisce sotto due profili. Il primo è dato dalla diversa causa che giustifica il comune effetto. Il secondo è dato invece dall'eventualità, prospettabile solo in relazione al provvedimento nullo, che malgrado l'inefficacia giuridica, siano comunque riconducibili ad esso effetti c.d. materiali.

<sup>11</sup> Per meglio rendere l'idea, la "specialità" della nullità provvedimentale, potrebbe essere, a mio avviso, individuata su due piani differenti: orizzontale, se si ha riguardo al rapporto intercorrente con la nullità civilistica, verticale, se si ha invece riguardo al rapporto, qualificabile in termini di genere a specie, intercorrente con la più ampia e omnicomprensiva figura dell'invalidità.

Il tema della patologia dell'atto, infatti, indipendentemente dalla sua natura, si ascrive al più ampio *genus* dell'invalidità giuridica ed ha, in quanto tale, una indubbia genesi civilistica.

Priva di referenti normativi espliciti all'interno del codice civile, l'invalidità giuridica, così come del resto la stessa nozione di negozio giuridico, è una categoria di elaborazione dottrinale, creata al fine di ricondurre ad essa le figure - questa volta legislativamente previste - della nullità e dell'annullabilità del contratto, di cui la prima costituisce un imprescindibile, ancorché implicito, presupposto.

L'invalidità, dunque, nasce in stretta connessione con la teoria del negozio giuridico. Con il tempo, tuttavia, la dottrina ha ampliato l'ambito della propria indagine, estendendo la categoria in esame dapprima agli atti di natura non negoziale e successivamente anche agli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti di natura provvedimentoale.

Siffatta estensione, operata in relazione agli atti espressione di un potere autoritativo, ha imposto di rivalutare il rigore proprio del giudizio di validità, il quale, pur nell'ambito di una nozione di "invalidità" concettualmente unitaria, assume rispetto ad essi tratti fortemente "specializzanti". Esso si riferisce cioè ad un atto che già per sua natura e per i fini cui tende deve essere conforme al diritto.

L'invalidità del provvedimento amministrativo, rispetto all'invalidità del negozio giuridico, appare dunque caratterizzata da una specialità per così dire "intrinseca", connessa cioè alla diversa natura dell'atto cui inerisce il giudizio di validità.

Detto ciò, è possibile ora analizzare le peculiarità del negozio giuridico rispetto al provvedimento amministrativo, onde apprezzare le rispettive ricadute sul tema oggetto di indagine.

Il negozio giuridico, in quanto "autoregolamento" di privati interessi<sup>12</sup>, è per definizione un atto consensuale, così come consensuale è la produttività dei relativi

---

<sup>12</sup> Tra le opere generali sul negozio giuridico, si veda Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, Torino, 1952 (rist. Camerino, 1994), 51: il negozio giuridico è l'atto con cui il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata); Scognamiglio R., *Dei contratti in generale* (Comm.), 9: atto di autoregolamento di



effetti. Esso cioè produce i suoi effetti nei confronti del soggetto che lo ha emanato ovvero anche di terzi, in quanto trattasi di effetti favorevoli e salva comunque la facoltà di rifiuto da parte di questi<sup>13</sup>.

Il provvedimento amministrativo, invece, in virtù dell'autoritarità che lo contraddistingue, e della esecutività ad essa conseguente, è in grado di incidere, in modo unilaterale, sulla sfera giuridica dei propri destinatari, i quali, ancorché partecipi del relativo procedimento, non concorrono in alcun modo alla formazione dello stesso, che conserva così inalterata la propria struttura.

La diversa logica cui si ispira l'agire autoritativo della P.A. si giustifica in virtù del fatto che ciò che viene modificato nella realtà giuridica soddisfa un interesse proprio della sola autorità emanante il provvedimento, e non di entrambi i soggetti coinvolti.

Nel diritto pubblico, quindi, alla unilateralità strutturale dell'atto si affianca una unilateralità sotto il profilo della rilevanza degli interessi che l'atto stesso mira a soddisfare<sup>14</sup>. Il provvedimento amministrativo, infatti, quand'anche sia favorevole per il privato, è comunque funzionalmente diretto al perseguimento di un interesse pubblico<sup>15</sup>.

---

privati interessi, nonché *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1969 e *Negozio giuridico, Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX; Galgano, *Negozio giuridico (premesse, problematiche e dottrine generali)*, in *Enc. Dir.* XXVII, 932, e *Il negozio giuridico*, Milano, 1988; Mirabelli, *Negozio Giuridico (teoria del)*, in *Enc. Dir.* XXVIII, 1; Santoro - Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966; Stolfi G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.a.; Pugliatti, *I fatti giuridici* (rev. Falzea), Messina, 1945.

<sup>13</sup> Ciò in virtù del principio di relatività del contratto - e della esigenza, ad esso sottesa, di salvaguardia della sfera giuridica altrui - espresso nell'art. 1372 comma 2 c.c. che così recita: "Il contratto non produce effetto rispetto a i terzi che nei casi previsti dalla legge". L'operatività del predetto principio è estranea alla logica del diritto amministrativo, laddove, in forza dell'unilateralità tipica del provvedimento amministrativo, l'eventuale collaborazione da parte di altri soggetti "non diviene mai elemento costitutivo della forma vincolante dell'atto (come invece accade per il consenso, nel contratto)" Così Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo I*, Padova 1980, pag. 247 s.

<sup>14</sup> L'atto amministrativo, infatti, assegna i prevalenti effetti formali ai destinatari (o ad altri soggetti) e solo in termini accidentali - o impropri - coinvolge la sfera giuridica dell'autore (che per definizione è una P.A.); ciò in virtù della unilateralità, caratteristica espressione della posizione di autoritarità spettante all'amministrazione.

<sup>15</sup> I predetti tratti di specialità si riscontrano altresì, in maniera del tutto speculare, analizzando i caratteri propri del potere di cui il provvedimento stesso costituisce espressione. In un'ottica funzionale alla comprensione e alla soluzione delle problematiche di tipo processuale, sottese alla distinzione tra nullità e inesistenza, si ritiene doveroso richiamare quanto autorevolmente osservato

La necessità di assicurare la realizzazione di siffatto interesse, inoltre, giustifica un ulteriore tratto di specialità del provvedimento rispetto al negozio, rappresentato dalla sua *esecutività*, ovvero dalla possibilità per la pubblica amministrazione di dare attuazione al provvedimento, indipendentemente dalla validità dello stesso e dalla eventuale improduttività di effetti giuridici conseguente al vizio di nullità.

Le predette considerazioni di teoria generale, ci permettono ora di riprendere, senza soluzione di continuità, quanto osservato nel precedente paragrafo a proposito della inadeguatezza del "dato effettuale", non solo quale parametro di rilevanza del fatto, ma anche e soprattutto, ai fini che qui interessano, quale elemento volto qualificare il rapporto tra nullità e inesistenza e ad individuare eventuali analogie e differenze, presenti in ambito pubblicistico.

Difatti, se l'improduttività di effetti costituisce un elemento comune alle due figure, quanto alle diversità, non può negarsi che le stesse, anche sotto il profilo della lesività, vadano ben oltre la soglia dell'inefficacia. La probabilità che l'Amministrazione dia esecuzione ad un provvedimento nullo rappresenta infatti un

---

da Capaccioli E., *cit.*, in merito alla nozione e ai caratteri del potere amministrativo. L'autore, dopo aver identificato il potere, in generale, nella "posizione del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto di esercizio del potere medesimo non può in alcun modo sottrarsi", passa a delineare, con estrema chiarezza, le caratteristiche proprie del potere amministrativo. Precisando che: 1. il potere afferisce al soggetto (o organo) pubblico, nel senso che la posizione di potere, così come la corrispondente posizione di soggezione, non si colloca in un rapporto con altri soggetti, che può tuttavia sorgere a seguito dell'esercizio del potere. Prima di tale momento, il potere stesso e la corrispondente posizione di soggezione sono allo stato potenziale. 2. L'atto in cui il potere si manifesta si pone esso stesso - e non già la norma attributiva - quale fonte diretta degli effetti che dall'atto medesimo derivano; da qui, la considerazione che il potere in senso proprio è sempre discrezionale. 3. Il potere, considerato quale posizione afferente al soggetto titolare, non è in principio consumabile, mentre possono ben esaurirsi le situazioni di fatto in presenza delle quali il potere è esercitabile. 4. Il potere, per definizione, è esercitabile unilateralmente dal suo titolare. La collaborazione di altri soggetti può risultare necessaria per dare attuazione al provvedimento nel quale il potere si traduce. Talora, detta collaborazione è richiesta, nella forma dell'accettazione o in quella preventiva della domanda (di provvedimento), ai fini rispettivamente dell'efficacia o della legittimità dell'atto amministrativo, come accade per atti che pur espressione di potere discrezionale, sono di vantaggio anche per il destinatario, quando la legge ritenga che questo vantaggio non debba essere imposto (ad esempio l'accettazione della nomina nel pubblico impiego o la domanda di concessione). In ogni caso, peraltro, la collaborazione di altri soggetti non diventa mai elemento costitutivo della forma vincolante dell'atto (come invece accade per il consenso, nel contratto).

rischio direttamente connesso all'esecutività (e dunque all'autoritarità) del provvedimento, quale momento ulteriore e distinto rispetto a quello dell'efficacia.

L'esecutività del provvedimento, rappresenta, pertanto, quel *quid pluris* che permette di assegnare alla nullità provvedimentoale, e al suo rapporto con la categoria dell'inesistenza, una consistenza e una rilevanza diversa rispetto a quella assunta in ambito civilistico<sup>16</sup>.

### **§ 3. Segue. Brevi osservazioni sulla "specialità" della patologia provvedimentoale. Profili di rilevanza ai fini della individuazione della disciplina applicabile.**

E' evidente che le peculiarità sinora riscontrate con riferimento al provvedimento amministrativo, in quanto connesse alla natura intrinseca dello stesso, non solo si riflettono sui relativi stati patologici, ma ne condizionano altresì le forme di tutela, giustificando l'applicabilità di una disciplina autonoma e diversa rispetto a quella civilistica, espressamente prevista per il contratto, e più in generale per il negozio giuridico<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Nel diritto amministrativo, infatti, accanto al concetto di efficacia - che rappresenta una categoria normativa - si pone un concetto ulteriore, che è quello di "esecuzione" dell'atto, concetto, questo, che assume una rilevanza diversa a seconda del contesto considerato. Infatti, mentre nel campo del diritto privato - nel caso in cui il soggetto che vi è obbligato non decida di ottemperare spontaneamente, la controparte deve necessariamente rivolgersi al Giudice per conseguire la concreta realizzazione del proprio interesse, da qui, il corollario per cui l'esecuzione assume rilievo solo in ambito processuale - nel diritto amministrativo, viceversa, l'esecuzione del provvedimento - e dunque la concreta attuazione dell'interesse ad esso sotteso - integra una vicenda sostanziale, in quanto tale rimessa all'esclusiva competenza dell'amministrazione che ha emanato l'atto. A proposito della distinzione tra efficacia ed esecuzione si veda quanto osservato da Cerulli Irelli V., in Lineamenti del diritto amministrativo, Ed. Giappichelli Torino, p. 419 s., ove l'autore, dopo aver ribadito che "L'effetto giuridico è sì prodotto da un fatto (o da un atto), ma non è a sua volta un fatto bensì un valore, un dover essere, che tende a tradursi in fatto afferma come ciò non avvenga necessariamente ed è comunque vicenda ulteriore rispetto alla produzione dell'effetto e non rilevante ai fini della produzione stessa. Da ciò discende la conclusione, rassegnata da Falzea, *cit.*, secondo cui mentre il primo attiene ad un dato puramente formale ed opera a livello meramente giuridico, il secondo esprime un "fatto" e opera quindi a livello fenomenico.

<sup>17</sup> Il regime di invalidità degli atti amministrativi si accosta, più significativamente, al particolare regime delle invalidità delle delibere assembleari (delle società di capitali e del condominio) che si evince dagli artt. 2377-2379 c.c., laddove la regola generale prevista è la annullabilità, mentre la nullità, che l'art. 2379 c.c. circoscrive ai casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto, rappresenta l'eccezione.

Questa, rappresenta altresì la ragione per cui, nel conflitto insorto tra la tesi negoziale<sup>18</sup> e la tesi panpubblicistica (o autonomistica)<sup>19</sup>, elaborate dalla dottrina al fine di sopperire alla perdurante assenza di una normativa *ad hoc*, è infine prevalso un orientamento intermedio, il quale, pur senza disconoscere alcune delle patologie civilistiche in tema di nullità, ha comunque affermato l'autonomia e la specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto civile, da un lato, escludendo che la violazione di norme imperative possa dar luogo a nullità del provvedimento, dall'altro lato, configurando, in relazione allo stesso, la presenza di vizi tipicamente pubblicistici, tra i quali appunto la carenza di potere.

L'idea che la violazione di norme imperative provochi la nullità del provvedimento, così come previsto dall'art. 1418 c.c., è smentita dalla considerazione che la suddetta violazione, in ambito amministrativo, è riqualificata dal legislatore come causa di annullabilità del provvedimento stesso, con conseguente applicabilità della relativa disciplina.

Siffatta impostazione è stata altresì recepita da parte del legislatore della riforma, il quale con la nuova previsione inserita all'art. 21 - septies comma 1 della L. 241/90, ha difatti previsto, accanto alle nullità testuali e alle nullità strutturali, che "è nullo il provvedimento viziato da difetto assoluto di attribuzione" o "adottato in violazione o elusione del giudicato".

Anche il riferimento alla nullità strutturale, peraltro, presenta profili di specialità rispetto all'omonima categoria civilistica. In assenza di una norma che individui espressamente gli elementi essenziali del provvedimento, si pone infatti il problema di stabilire, in concreto, quali siano gli elementi in mancanza dei quali il provvedimento è da considerarsi nullo ovvero addirittura inesistente, evenienza, questa, prospettabile allorquando la deficienza strutturale sia tale da escludere, anche in apparenza, la stessa riconoscibilità del provvedimento in quanto tale.

---

<sup>18</sup> La teoria negoziale, elaborata dalla dottrina tedesca, assume che in assenza di una disciplina legislativa la patologia dell'atto amministrativo debba essere regolata dagli istituti civilistici, e ciò sia per distinguere la nullità dall'inesistenza, sia per individuare la differenza, ancora più rilevante, tra nullità e annullabilità del provvedimento.

<sup>19</sup> La tesi panpubblicistica, prevalente in giurisprudenza ed anche in dottrina, rivendica, all'opposto, l'autonomia del diritto amministrativo, in quanto diritto speciale rispetto agli schemi del diritto civile (V. F. Caringella - Corso di diritto Amministrativo - tomo II - terza edizione).

La rilevanza del dato normativo, quale parametro idoneo a delimitare l'ambito applicativo della nullità rispetto all'inesistenza, può cogliersi nella genesi storica dell'istituto dell'inesistenza.

Tale figura nasce nell'ordinamento francese e si sviluppa nell'ambito della dottrina civilistica, in risposta all'esigenza di superare il carattere tassativo delle cause di nullità del contratto previste dalla legge. Le cause di inesistenza dell'atto vengono, quindi, ricostruite secondo il criterio della gravità del vizio, integrato da una ipotesi non inclusa nella previsione normativa delle cause di nullità. Questa impostazione viene ripresa nel nostro ordinamento, nell'ambito della dottrina civilistica, e ciò in considerazione dell'avvenuto recepimento delle scelte normative operate dalla legislazione civile francese, tra cui, appunto, la previsione del carattere tassativo delle cause di nullità del negozio giuridico.

In ambito pubblicistico, invece, l'incertezza nella delimitazione dei confini tra nullità e inesistenza, è stata progressivamente alimentata dal convergere di più fattori, tra cui, oltre all'assenza di una disciplina generale in tema di nullità, la mancata individuazione, ad opera del legislatore, degli elementi "essenziali" del provvedimento, in quanto tali rilevanti ai fini del giudizio di nullità ex art. 21 *septies* L. 241-90.

A ben vedere, però, una volta venuto meno il predetto fattore, e dunque introdotta una normativa generale in tema di nullità, le difficoltà legate alla ricostruzione dell'ambito applicativo delle due figure, solo apparentemente attenuate dall'introduzione del predetto dato normativo, continuano a permanere, condizionate, questa volta, dal contesto di appartenenza dell'atto nullo o inesistente. Un caso emblematico di come la natura dell'atto e del contesto cui l'atto stesso appartiene, possono condizionare i rapporti tra le due figure, anche in senso difforme da quanto suggerito dal dato positivo, è rappresentato dalla previsione relativa al difetto di forma.

Il concetto di forma, infatti, risente del carattere autoritativo dell'atto cui si riferisce. L'autoritarità cioè si muove su un piano rigorosamente formale. Da ciò scaturiscono due corollari: il primo è quello per cui il requisito formale, riferito al provvedimento

amministrativo, va inteso in un'accezione molto più rigorosa, che va oltre la forma scritta. Ciò in quanto la predetta forma risulta inserita in un contesto – quello pubblicistico – che aumenta l'aspetto formale, accentuandone la rilevanza, anche nella fase patologica. Di qui, il secondo corollario: il fatto che l'autoritarietà si muova su un piano caratterizzato da formalità incide altresì sotto il profilo della patologia del provvedimento. In assenza di indicazioni contrarie, deve cioè ritenersi che il provvedimento privo della forma richiesta non sia semplicemente nullo, bensì inesistente.

## **CAPITOLO II**

### ***PROFILI DINAMICI DEL RAPPORTO TRA NULLITÀ PROVVEDIMENTALE E INESISTENZA.***

SOMMARIO: § 1. La nullità del provvedimento nel nuovo codice del processo amministrativo. § 2. L'architettura formale dell'art. 31 comma 4 del D. lgs n. 104-2010. § 3. L'art. 31 comma 4 quale espressione del principio di unicità e atipicità del diritto di azione. Effettività della tutela e autonomia del privato nella scelta dei mezzi volti a garantirla. § 4. L'autonomia del privato tra atipicità dell'azione e tipicità dei poteri giurisdizionali. § 5. Rilievi critici alla previsione di cui all'art. 31 comma 4 cpa. § 5.1. La collocazione sistematica dell'azione di nullità. Scelta o necessità? § 5.2. Brevi considerazioni sulla effettiva coerenza sistematica dell'art. 31 comma 4 c.p.a. § 6. *Segue*. La tecnica di

formulazione della norma. § 7. Bilancio dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Compatibilità e coerenza del nuovo regime processuale con la preesistente normativa in tema di nullità e annullabilità. Brevi cenni. § 8. Dall'architettura formale al contenuto sostanziale dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Il regime temporale quale criterio di interpretazione e integrazione del dato normativo. § 9. La disciplina del termine, prima e dopo l'introduzione dell'art. 31 comma 4 D. Lgs n. 104-2010. § 10. La "specialità" della nullità provvedimentoale in rapporto alla nullità civilistica di protezione. § 11. L'incidenza del dato sostanziale sulla disciplina del termine. *Ratio* della differenziazione del termine. § 12. Il concetto di efficacia e di inefficacia riferito al provvedimento nullo e inesistente § 13. Il concetto di "attualità" della lesione riferito al provvedimento nullo. § 14. L'interesse e la legittimazione ad agire nell'azione di nullità provvedimentoale.

## **§ 1. La nullità del provvedimento nel nuovo codice del processo amministrativo.**

La questione relativa ai rapporti tra fattispecie nulla e inesistente, sinora oggetto di dibattito solo a livello teorico, assume una reale consistenza con l'introduzione in via legislativa della nullità ad opera della riforma del 2005<sup>20</sup>.

Ciò, perlomeno, con riferimento al provvedimento amministrativo, in relazione al quale la totale assenza di riferimenti normativi in tema di nullità<sup>21</sup>, contribuiva a rendere ancora più sfumata la distinzione tra le due figure, unite da una comune "indeterminatezza" a livello concettuale, tale da indurre taluni a ritenerle, anche nella sostanza, pienamente assimilabili.

A partire dal 2005, grazie alla spinta giurisprudenziale e al contributo della dottrina più evoluta, la nullità del provvedimento si affaccia timidamente nel nostro ordinamento positivo.

A livello sostanziale, il primo tentativo in tal senso è rappresentato dalla l. n. 15 del 2005, la quale, attraverso l'introduzione dell'art. 21 -septies all'interno della l. 241-90,

---

<sup>20</sup> L'elencazione in via tassativa delle cause di nullità, contenuta nell'art. 21 septies della l. n. 15 del 2005, ha infatti fornito degli elementi idonei a costituire i parametri sulla base dei quali rimeditare le dinamiche sottese ai rapporti tra nullità e inesistenza e dare ad essi un nuovo assetto, rispetto alle conclusioni prospettate in epoca antecedente all'intervento normativo del 2005. Ha valorizzato l'esigenza di rimeditare la questione in ordine alla definizione del rapporto tra nullità e inesistenza all'indomani dell'intervento legislativo Carbone A., *Il Tar Lombardia prende posizione in merito al riparto di giurisdizione per i provvedimenti nulli* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 4 febbraio 2009, 2.

<sup>21</sup> A differenza di quanto visto per il contratto, rispetto al quale la previsione di una disciplina generale in tema di nullità, ma ancor prima, degli specifici elementi, la cui mancanza da luogo a nullità, desumibili dal combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c., ha dotato gli interpreti di una base normativa solida per affrontare la complessa e nebulosa questione interpretativa avente ad oggetto i rapporti tra le due figure.

ha cercato di colmare le preesistenti lacune legislative, codificando gli stati patologici del provvedimento nullo.

Ed invero, l'art. 21 septies espressamente statuisce la nullità del provvedimento che manchi degli elementi essenziali, sia viziato da difetto assoluto di attribuzione, sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. In tal modo, dunque, anche la categoria della nullità trova espresso riconoscimento a livello normativo, affiancandosi ed equiparandosi, sul piano dogmatico, alla preesistente patologia dell'annullabilità, anch'essa ora puntualmente disciplinata nel successivo articolo 21 octies.

Siffatto intervento ha il merito di aver sancito, anche nella fase patologica, la piena autonomia del provvedimento amministrativo rispetto al negozio giuridico.

Si tratta tuttavia di un intervento parziale e affatto risolutivo. L'art. 21 septies, infatti, pur codificando le ipotesi di nullità del provvedimento, nulla dispone in merito alla disciplina ad esse applicabile.

Anzi, la previsione di una così grave forma di invalidità, cui non segua la contestuale predisposizione di adeguate misure di tutela, non fa che accentuare la lacunosità dell'intervento stesso, riproponendo, in tal modo, il dibattito, già sorto in precedenza, in ordine alla possibilità di ovviare alla suddetta lacuna mediante applicazione della disciplina civilistica dettata in tema di nullità del contratto.

La lacunosità del dato normativo può dirsi in parte colmata a seguito del recente intervento legislativo, realizzato attraverso il D. Lgs 2 luglio 2010, n. 104.

Il regime processuale del provvedimento nullo è infatti ora racchiuso nel combinato disposto degli artt. 31 comma 4, 114 comma 4 lett. b), 133 n. 5 lett. a) della citata normativa.

L'art. 31 comma 4, in particolare, segna l'ingresso dell'azione di nullità all'interno del processo amministrativo, individuando, seppure in sintesi, condizioni e termini per il suo esercizio.



## § 2. L'architettura formale dell'art. 31 comma 4 del D. lgs n. 104-2010.

Esaminando il tenore letterale della norma, e rinviando al proseguo l'analisi del suo contenuto, sono almeno tre le regole in essa previste: la prima è relativa alla natura dell'azione di nullità, le restanti due attengono invece al profilo temporale, diversamente disciplinato, in ragione della diversità degli interessi coinvolti e dei soggetti che ne risultano titolari.

L'inserimento dell'azione di nullità all'interno dell'art. 31, non a caso rubricato "*azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*", già depone per la natura dichiarativa della stessa. Che si tratti di un'azione di accertamento si desume, inoltre, dall'enunciazione, in forma implicita, con cui si apre proprio il comma 4.

A parte il breve cenno alla natura dichiarativa dell'azione - per lo più desumibile dall'individuazione espressa del fine cui essa tende - l'attenzione del legislatore pare piuttosto incentrarsi sull'elemento temporale.

Il dato letterale non deve però trarre in inganno. La preferenza accordata all'elemento temporale nasconde, in realtà, l'interesse del legislatore verso la situazione giuridica soggettiva della quale si invoca la tutela.

Ciò, peraltro, è coerente con la natura per così dire *mista* del codice del processo amministrativo, che racchiude in sé disposizioni sia processuali che sostanziali<sup>22</sup>.

Esaminando la *ratio* della predetta norma, si vedrà, infatti, che la previsione di un regime articolato del termine consegue alla necessità di differenziare le situazioni giuridiche soggettive sottese al provvedimento nullo, la cui tutela passa attraverso l'accertamento del vizio e la conseguente pronuncia ad opera del giudice amministrativo, avente anch'essa natura dichiarativa.

---

<sup>22</sup> Cfr. la Relazione al codice del processo amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): "*il codice del processo risponde (...) anche ad esigenze di semplificazione normativa, attraverso la raccolta in un'unica fonte di disposizioni sinora sparse in numerosissime fonti, risalente fino ai primi del 1900. Il codice va tuttavia ben oltre l'opera di mera semplificazione formale, in quanto attua una sistemazione complessiva della materia enucleando anche i relativi principi, mediante un'opera sotto molti versi innovativa*". In particolare, si evidenzia l'introduzione, accanto alla disciplina processuale, anche di "*talune questioni sostanziali intimamente connesse (l'ambito della giurisdizione, i tipi e i termini di proposizione delle azioni)*" - Si veda, in tal senso, l'introduzione generale §5, della citata relazione.

La disciplina del dato temporale prosegue con il secondo periodo del quarto comma, ove si legge che la possibilità di far valere in giudizio la nullità del provvedimento non incontra limiti sotto il profilo temporale allorché la relativa questione è opposta dalla parte resistente o rilevata d'ufficio dal giudice.

Chiariti i termini e le modalità di esercizio dell'azione, con una formulazione che appare peraltro discutibile, il Legislatore delimita ulteriormente l'ambito operativo della disposizione in commento, escludendone l'applicabilità alle ipotesi di nullità per violazione o elusione del giudicato, per la cui disciplina espressamente rinvia alle disposizioni del Titolo I del Libro IV, relative al giudizio di ottemperanza<sup>23</sup>.

### **§ 3. L'art. 31 comma 4 quale espressione del principio di unicità e atipicità del diritto di azione. Effettività della tutela e autonomia del privato nella scelta dei mezzi volti a garantirla.**

Dalla citata previsione, in particolare, si intuisce il principio dell'unicità e atipicità del diritto di azione. Malgrado l'assenza di una norma *ad hoc*, infatti, i frequenti richiami al criterio di effettività, confermano la generale ammissibilità, nell'ambito del processo amministrativo, di un'azione atipica, funzionale alla realizzazione di una tutela non già statica, ma dinamica, adeguata alle peculiarità dell'interesse leso e alla maggiore o minore gravità del vizio da cui è affetto il provvedimento espressivo di quell'interesse.

L'atteggiamento del legislatore è dunque coerente con l'idea, già affermata in ambito giurisprudenziale<sup>24</sup> e recepita all'interno del codice del processo amministrativo,

---

<sup>23</sup> L'art. 114 c.p.a. prevede: "il giudice, in caso di accoglimento del ricorso [di ottemperanza]...b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato".

<sup>24</sup> Nasce in ambito giurisprudenziale, per essere poi recepita da parte del Legislatore, l'idea secondo cui ammettere un'azione unica e atipica nel suo contenuto, consente alla stessa di adattarsi alle esigenze di tutela proprie della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. Si veda, a tal proposito, *Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15*, in Urb. E app., 2011, 193, con nota di C. Lamberti. La sentenza sviluppa quanto avviato dall'Adunanza Plenaria del 23 marzo 2011 n. 3, in Urb. E app., 2011, 694, con nota di C.E. Gallo "*Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*". In termini equivalenti si è altresì espressa la dottrina più autorevole. Si veda, in particolare, A. Proto Pisani, *Brevi premesse in tema di situazioni soggettive tra diritto sostanziale, processi e giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2011, V 98, per il quale "*l'azione è una, atipica ed assume le fattezze della tutela di cui necessita la situazione giuridica soggettiva che si intenda far valere in giudizio prevista dalle norme sostanziali*".

secondo cui l'azione, dal punto di vista del suo contenuto, è unica e atipica. Si adegua cioè alla esigenza di tutela propria della specifica situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

A livello costituzionale, il principio dell'unicità e atipicità del diritto di azione trova fondamento negli artt. 24-103 e 113 Cost.

Il dettato costituzionale, coordinato con le singole norme codicistiche, consente di affermare che l'atipicità dell'azione, nella misura in cui è funzionale ad una tutela piena ed effettiva, è altresì espressione dell'autonomia che l'ordinamento riconosce al singolo nella scelta dei mezzi più idonei a garantirla.

Chiarito dunque l'ambito entro il quale siffatta autonomia si esprime e si manifesta, non è affatto scorretto, a mio parere, raffrontarla e per certi versi assimilarla a quella riconosciuta nei rapporti tra privati.

E difatti, così come il privato può liberamente determinare il contenuto del contratto o stipulare contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, analogamente, nel diritto amministrativo, egli può agire a tutela della propria posizione giuridica soggettiva mediante l'esperimento di azioni tipiche o atipiche, a condizione però che esse siano funzionali alla situazione giuridica soggettiva di cui si invoca la tutela e dirette all'emanazione di una pronuncia rispettosa dei limiti che la legge pone all'esercizio del potere giurisdizionale.

L'autonomia di cui gode il singolo che interagisce con una pubblica amministrazione e soprattutto si raffronta con l'esercizio di un pubblico potere, è dunque, temporalmente e funzionalmente circoscritta.

Opera cioè solo nella fase patologica e sul presupposto che la situazione da tutelare in giudizio sia compatibile con l'interesse pubblico.

Viceversa l'autonomia privata<sup>25</sup>, nel suo fisiologico operare, rappresenta lo strumento attraverso il quale i singoli gestiscono da sé i propri interessi, personali e patrimoniali<sup>26</sup>, con il solo limite dato dal rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume.

#### **§ 4. L'autonomia del privato tra atipicità dell'azione e tipicità dei poteri giurisdizionali.**

Quanto sinora svolto suggerisce la seguente riflessione: l'atipicità del diritto di azione, che nel processo civile trova integrale applicazione, nel giudizio amministrativo è temperata dalla tipicità dei poteri che il giudice può esercitare nei confronti della P.A.

Il che significa che se il legislatore attribuisce al Giudice amministrativo il potere di annullamento, è nei limiti di tale potere che il ricorrente potrà agire a tutela dei propri interessi.

I limiti al sindacato giurisdizionale si convertono dunque in altrettanti limiti al contenuto dell'azione e della conseguente pronuncia giurisdizionale <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Per quanto concerne il concetto di autonomia privata, quale "potere di darsi da sé le proprie regole", e dunque quale sinonimo di "libertà contrattuale", si veda, in particolare, V. Roppo, *Il Contratto*, pag. 24, ed. Giuffrè 2001.

<sup>26</sup> In relazione al significato dell'autonomia privata quale esplicazione del diritto costituzionalmente garantito alla libera esplicazione della libertà negoziale si veda C. M. Bianca, *Il Contratto*, ed. Giuffrè 2000, il quale peraltro osserva che "libertà contrattuale non può intendersi quale arbitrio assoluto del singolo nella costituzione e determinazione dei suoi rapporti poiché un tale arbitrio non è riscontrabile neppure in capo ai detentori del potere economico. Libertà contrattuale vuol dire piuttosto libertà del singolo di operare liberamente le proprie scelte nel mercato. L'attività negoziale si immette nella realtà socio economica ed è da questa necessariamente condizionata". Per la tesi contraria, che nega che la libertà contrattuale possa configurarsi quale diritto di esplicazione della personalità, si veda invece V. Giorgianni, in *Giur. Cost.*, 1962, I, 93 e *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, 381; nonché Rescigno in *Iustitia* 1967, 3 e, in termini sostanzialmente analoghi, Mengoni, in *Banca, borsa*, 1997, I, 1, che sposta la prospettiva alla tutela dei vizi della volontà.

<sup>27</sup> I limiti al sindacato del giudice e le conseguenti limitazioni al contenuto dell'azione, sono imposte dalla necessità di garantire l'indipendenza del potere esecutivo rispetto al potere giurisdizionale, in ossequio ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione. Ciò non vale peraltro a contraddire l'idea secondo cui tutela e autonomia sono fra loro funzionalmente connesse.

Riconoscere l'ammissibilità di azioni atipiche, quindi, ha un senso nella misura in cui a ciascuna di esse corrisponda una pronuncia realmente soddisfattiva dell'interesse dedotto in giudizio.

Pertanto, se da un lato l'atipicità è funzionale ad una tutela, piena, completa ed effettiva dell'interesse che si assume lesa, dall'altro lato, essa va adattata alle peculiarità del giudizio amministrativo e alla particolare natura delle situazioni in esso dedotte<sup>28</sup>.

Infatti, mentre il diritto soggettivo preesiste rispetto all'esercizio del potere - potendo semmai essere compresso, salva la possibilità di riacquisire la propria consistenza a seguito dell'annullamento del provvedimento illegittimo - l'interesse legittimo nasce ed assume consistenza proprio grazie all'agire concreto della P.A.

Da qui la necessità, particolarmente avvertita con riferimento alle posizioni di interesse legittimo, di definire meglio il contenuto delle azioni per essi previste, richiamando, anche implicitamente, i poteri tipicamente riconosciuti al Giudice verso la P.A.

Un risposta adeguata, in tal senso, è offerta dal nuovo codice del processo amministrativo.

Il legislatore delegato, infatti, tenuto conto delle suesposte esigenze, da un lato ha previsto e disciplinato le principali azioni a tutela dell'interesse legittimo, dall'altro ha riconosciuto l'ammissibilità di azioni atipiche.

Quindi, pure ammettendo, in astratto, il principio dell'atipicità dell'azione, il contenuto concreto di essa è stato tipizzato, mediante un richiamo implicito ai poteri che il giudice può esercitare in conseguenza dell'azione medesima e al contenuto delle rispettive pronunce.

Quanto affermato trova puntuale riscontro nella previsione di cui all'art. 32 comma 2, che assegna al giudice il potere di convertire le azioni o di dare ad esse una

---

<sup>28</sup> In tal senso si è altresì espressa la dottrina più autorevole, vedi F.G. Scoca, in *Giustizia amministrativa*, "La tipologia delle azioni proponibili", pag. 177.

qualificazione giuridica diversa rispetto a quella prospettata dalle parti, e nel successivo articolo 34, che individua, in modo tassativo, le sentenze che il giudice amministrativo può adottare in caso di accoglimento del ricorso<sup>29</sup>.

Il dato normativo conferma dunque che dinanzi all'esercizio di un potere autoritativo, il principio di atipicità del diritto di azione e le connesse esigenze di tutela dell'interesse legittimo, convivono con la tipicità dei poteri che il giudice può esercitare nei confronti della P.A.

Prevedere *tout court* un'azione unica e atipica nel processo amministrativo, stante l'impossibilità di rinviare ad una norma *ad hoc*, che espressamente disciplini le posizioni di interesse legittimo, così come invece accade per i diritti soggettivi, si tradurrebbe in un inevitabile vuoto di tutela, con conseguente violazione dei principi sanciti dalla Costituzione.

## **§ 5. Rilievi critici alla previsione di cui all'art. 31 comma 4 cpa.**

### **5.1. La collocazione sistematica dell'azione di nullità. Scelta o necessità?**

Ciò premesso in merito all'architettura formale della norma, e ai principi ivi desunti, è opportuno ora soffermarsi sulle critiche che la prevalente dottrina ha rivolto ad essa, rinviando ad una successiva trattazione l'esame, nel merito, delle scelte operate dal legislatore e delle rispettive osservazioni, anche critiche, formulate al riguardo.

Circoscrivendo in tal senso la mia analisi, si osserva che le criticità riscontrate ad opera della dottrina, sono rivolte, in primo luogo, alla collocazione che il legislatore riserva all'azione di nullità.

Il suo inserimento nell'ambito di una norma dedicata all'azione avverso il silenzio parrebbe infatti sminuire la reale portata innovativa dell'intervento.

---

<sup>29</sup> Si riporta testualmente il contenuto dell'art. 34 comma 1 CPA, in base al quale "In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda (...)adotta, tra l'altro, "le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio..." (lett. c) e dispone "le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza" (lett. e).

Mal si addice inoltre alla tendenza già inaugurata a livello giurisprudenziale e recepita positivamente con l'introduzione dell'art. 21 septies all'interno della L. 241-90, di "ritagliare", anche per la nullità, un autonomo spazio di tutela, e ciò in coerenza con la gravità del vizio e la peculiare rilevanza degli interessi ad essa sottesi.

La mancata previsione di una norma *ad hoc*, che disciplini autonomamente l'azione di nullità, ha tuttavia una sua *ratio*.

Per comprendere il perché di questa scelta, è opportuno richiamare, seppur brevemente, l'iter di formazione del decreto delegato, nel corso del quale non soltanto la collocazione, ma altresì la disciplina relativa alla declaratoria di nullità, è andata incontro a significative modifiche.

Nella versione originaria del Codice<sup>30</sup>, predisposta dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato<sup>31</sup>, l'azione di nullità era priva di una collocazione autonoma. Risultava infatti inserita all'interno della disposizione relativa all'azione di accertamento<sup>32</sup>. L'esercizio dell'azione di nullità, inoltre, non era soggetto ad alcun termine di decadenza<sup>33</sup>.

Così formulata, la predetta norma non ha incontrato l'approvazione da parte del Governo. E' stata dunque espunta dal testo normativo, con conseguente eliminazione, unitamente alla previsione generale dell'azione di accertamento, anche dell'azione di nullità in essa originariamente collocata.

---

<sup>30</sup> La versione originaria del Codice è reperibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Il Governo, in ossequio alla legge delega, aveva demandato la predisposizione dell'articolato normativo al Consiglio di Stato mediante l'istituzione di un'apposita commissione speciale a composizione mista. In tal senso, cfr Introduzione generale, par. 3 della Relazione al Codice del Processo amministrativo, ove si legge: "la composizione della commissione ha registrato la presenza di consiglieri di Stato, magistrati di Tar, magistrati della Cassazione, un rappresentante dell'Avvocatura dello Stato ed esponenti del mondo accademico e forense".

<sup>32</sup> L'azione di nullità era inizialmente inserita nel corpo dell'art. 36, rubricato "azione di accertamento", che dispone: "1. Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'azione delle consequenziali pronunce dichiarative. 2. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. 3. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto (...) quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento (...)"

<sup>33</sup> V. Carbone A. "L'azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo" in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 15 aprile 2010, 1. L'autore evidenzia, in particolare, che la versione originaria della previsione in tema di nullità conteneva l'assoggettamento della relativa azione ad un termine di decadenza pari a centottanta giorni.

La revisione operata in sede governativa ha inevitabilmente condotto al venir meno di qualsivoglia forma di tutela dinanzi al provvedimento nullo, suscitando così forti reazioni da parte della dottrina.

Si è infatti osservato che, a parte il venir meno di ogni elemento di novità sul piano sistematico<sup>34</sup>, legato alla scelta di eliminare dal testo la previsione relativa all'azione di accertamento, la totale assenza di disciplina con riguardo al provvedimento nullo, già emersa a livello sostanziale, si poneva in antitesi con l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela, espressamente richiamata nell'art. 44 della legge delega (L. 18 giugno del 2009, n. 69).

In senso conforme ai predetti rilievi critici, si sono altresì espresse le competenti Commissioni parlamentari, chiamate ad esprimere un parere sullo schema di decreto approvato dal Governo.

In tale sede, infatti, oltre ad aver ribadito l'opportunità di *"introdurre un'azione di accertamento della nullità"* hanno altresì evidenziato l'esigenza di subordinarne l'esercizio all'osservanza di un termine decadenziale di centottanta giorni, e ciò al dichiarato fine di *"evitare l'imprescrittibilità propria dell'azione di nullità"*<sup>35</sup>.

Le osservazioni formulate dalle Commissioni Parlamentari sono state in parte recepite dal Governo, il quale, se da un lato ha reintrodotto l'azione di nullità, così colmando il pregresso *deficit* di tutela<sup>36</sup>, dall'altro ha trascurato di reinserire - e in ciò ha disatteso il parere delle Commissioni - la previsione relativa all'azione di accertamento, nel cui contesto la disciplina in tema di nullità era originariamente collocata.

Diversamente da quanto la logica avrebbe suggerito, l'azione di nullità è ora inserita in altro contesto, dedicato non più alla disciplina dell'azione di accertamento, al cui *genus* si riconduce l'azione di nullità, bensì alla tutela del privato avverso il silenzio dell'Amministrazione. Il Legislatore, cioè, spinto dalla necessità di evitare gli

---

<sup>34</sup> In specie, l'azione di adempimento e di accertamento. Al riguardo, cfr. Romano Tassone A. *Così non serve a niente* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 15 aprile 2010.

<sup>35</sup> In tal senso si esprimono la Commissione Affari costituzionali e la Commissione Giustizia, con parere reso in data 16 giugno 2010.

<sup>36</sup> All'introduzione dell'azione di nullità si accompagna infatti il reinserimento della tutela a fronte del vizio con essa dedotto.



inconvenienti legati all'introduzione di una nuova norma, ha preferito modificare l'architettura di una norma già esistente, attraverso la previsione all'interno di essa di un'azione distinta rispetto all'azione avverso il silenzio, ma ad essa accomunata dalla natura dichiarativa della conseguente pronuncia giurisdizionale.

Da un accurato esame dei lavori preparatori emerge, dunque, in maniera evidente la reale esigenza sottesa alla soluzione prescelta.

L'attuale collocazione dell'azione di nullità, infatti, lungi dall'essere motivata da ragioni di ordine sistematico appare piuttosto connessa alla necessità, imposta dall'imminente scadenza dei termini della legge delega, di provvedere all'immediato reinserimento della previsione precedentemente espunta, senza tuttavia alterare il preesistente assetto codicistico.

Ci si domanda, a questo punto, se la necessità di far fronte alla predetta esigenza sia tale da giustificare il sacrificio da essa inevitabilmente imposto all'autonomia dell'istituto.

Al riguardo, sono emerse, in ambito dottrinale, due contrapposte tendenze.

A fronte di un orientamento minoritario che valorizza la comune natura di accertamento delle due azioni<sup>37</sup>, la prevalente dottrina si è perlopiù espressa in senso critico<sup>38</sup>.

Si è osservato, in particolare, come la suddetta argomentazione, benché avvalorata dalla formulazione letterale dell'art. 31 cpa, si ponga in evidente contrasto con il dato

---

<sup>37</sup> Si richiama, in particolare, il pensiero di Calveri L.M. , *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?* In *www. giustizia-amministrativa.it*. L'autore giustifica la collocazione dell'azione di nullità nel corpo dell'art. 31 cpa "nell'appartenenza delle due azioni al genus delle azioni di accertamento, resa evidente dalla qualificazione lessicale contenuta nelle norme di riferimento".

<sup>38</sup> Si veda, in tal senso, Occhiena M.- Fracchia F. op. cit. , 520, in cui la collocazione della previsione in tema di nullità è criticata sulla base delle seguenti considerazioni: "non può non notarsi l'estraneità di questo comma rispetto alla restante parte della norma in disamina, di cui in buona sostanza pare costituire un innesto spurio, disturbando la linearità sistematica della disciplina dettata dai commi precedenti, Infatti, esso inserisce nel corpo dello stesso articolo due azioni affatto diverse: circostanza che lungi dall'apparire conseguenza di una ponderata scelta normativa, appare piuttosto frutto di un estemporaneo "taglia e incolla" mediante il quale, in sede di dibattito per la messa a punto dell'articolato del codice, è stato "ripescato" quanto stabilito dall'espunto art. 36 (in specie, dal comma 2) del testo licenziato dalla suddetta Commissione. Un infelice intervento dal punto di vista della buona tecnica legislativa, che avrebbe semmai richiesto la redazione di un articolo ad hoc".

positivo. E difatti, malgrado il comma 1 formalmente richiami la natura dichiarativa dell'azione<sup>39</sup>, tale assunto risulta contraddetto dall'attuale configurazione del giudizio sul silenzio, il quale, a seguito delle modifiche recentemente apportate, si vede ora arricchito di contenuti ulteriori, che vanno ben oltre il mero accertamento dell'obbligo di provvedere<sup>40</sup>.

Da un'interpretazione sistematica delle varie norme codicistiche, ed in particolare da una lettura congiunta degli artt. 31 e 117 Cpa, si desume chiaramente come l'azione avverso il silenzio, nonostante il riferimento espresso all' "*accertamento dell'obbligo di provvedere*", costituisca in realtà un'azione di condanna<sup>41</sup>.

Ad avviso di chi scrive, anche tale rilievo, seppure in parte suffragato dal dato positivo, non è esente da critiche. Contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, non si tratta, ancora, di un'azione di adempimento. E difatti, nonostante il potere riconosciuto al Giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio – seppure entro i limiti di cui al comma 3<sup>42</sup> – oggetto della condanna è pur sempre il *mero* obbligo di provvedere e non l'emanazione del provvedimento richiesto<sup>43</sup>, salvo naturalmente il contestuale esercizio dell'azione di adempimento, ai sensi dell'art. 34 lett. c) del Codice<sup>44</sup>.

L'effetto conformativo che indubbiamente consegue alla pronuncia giurisdizionale, per quanto incisivo, non potrà quindi soddisfare la pretesa vantata dal ricorrente.

---

<sup>39</sup> Il comma 1 dell'art. 31 C.p.a. così recita: "*Decorsi i termini per la conclusione del procedimento e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*".

<sup>40</sup> Così Occhiena M.- Fracchia F., *op. cit.* 528, in cui si evidenzia l'erroneità dell'impostazione che accomuna le due azioni in quanto fondata sulla "*tradizionale (e superata) configurazione del ricorso contro il silenzio alla stregua di azione di accertamento, anziché di adempimento, come oramai deve essere qualificata a seguito della riforma del 2005*".

<sup>41</sup> In relazione al contenuto della pronuncia giurisdizionale si veda quanto osservato da A. Travi, in *Giustizia Amministrativa*, ed. Giappichelli 2013, secondo il quale la pur avendo la "*decisione un'indubbia base di accertamento, si conclude con la condanna dell'amministrazione a provvedere*".

<sup>42</sup> L'art. 31 comma 3 C.p.a. prevede infatti che "*Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*".

<sup>43</sup> In tal senso si esprime F.G. Scoca in *Giustizia Amministrativa*, ed. Giappichelli 2013.

<sup>44</sup> Riguardo all'azione di adempimento, il secondo correttivo al codice, il D.Lgs 14 settembre 2012 n. 160, ha aggiunto all'art. 34, comma 1 lett. c) che "*L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata nei limiti di cui all'art. 31 comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio*".

In secondo luogo, richiamando ancora una volta in senso critico l'argomentazione posta alla base dell'orientamento maggioritario, può osservarsi come la circostanza che un'azione - nella specie quella avverso il silenzio - produca un effetto più ampio rispetto ad un'altra - ovvero all'azione di nullità - non è da sola sufficiente a giustificare l'inserimento in una norma *ad hoc*, specie allorquando l'effetto minore che pure consegue alla seconda, oltre a rappresentare un substrato comune ad entrambe, costituisce per la prima un presupposto logico imprescindibile.

Tale circostanza pare, anzi, avvalorare l'orientamento contrapposto, che difatti giustifica l'attuale collocazione delle due azioni con la comune appartenenza di esse al *genus* delle azioni dichiarative.

Tuttavia, se tale appartenenza è indiscussa con riferimento all'azione di nullità, non altrettanto può dirsi rispetto all'azione avverso silenzio, il cui effetto, si è visto, va ben oltre l'accertamento dell'obbligo di provvedere.

Infatti, ciò che per l'una rappresenta solo un effetto prodromico e strumentale, per l'altra costituisce invece un effetto finale, al verificarsi del quale colui che ha agito o resistito in giudizio, consegue, tramite, appunto, una pronuncia *dichiarativa*, l'effettiva soddisfazione del proprio interesse.

La questione è quindi un'altra. Si tratta cioè di capire se al di là della parziale coincidenza dei relativi effetti, la comunanza tra le due azioni è tale da renderle tra di loro intimamente connesse, e giustificare dunque la previsione all'interno del medesimo articolato normativo.

Dalle suddette argomentazioni parrebbe ricavarsi che la soluzione adottata dal legislatore, stante appunto la diversità ontologica tra le due azioni, non solo non trova giustificazione alcuna sul piano sistematico, ma soprattutto mortifica quel bisogno di autonomia - tanto avvertito in tema di nullità - che anche la redazione di una norma *ad hoc* mira, in parte, a soddisfare.

**§ 5.2. Brevi considerazioni sulla effettiva coerenza sistematica dell'art. 31 comma 4 c.p.a.**

Ciò detto, in merito alle motivazioni che, più o meno apertamente, hanno condotto alla stesura definitiva della norma, può succintamente osservarsi quanto segue.

L'art. 31 c.p.a., nella sua prima versione, si caratterizza, apparentemente, per una maggiore coerenza sotto il profilo sistematico.

Si è visto, infatti, come l'azione di nullità fosse inizialmente prevista e disciplinata nell'ambito dell'azione di accertamento.

In questa prima fase mancava peraltro ogni riferimento al termine. La mancata previsione del dato temporale appariva coerente con la dimensione effettiva della nullità e con l'inefficacia *ab origine* del provvedimento nullo.

Vi è da chiedersi, però, se anche con riferimento al provvedimento amministrativo, la vera essenza della nullità, effettivamente risieda nella perpetuità della relativa azione, e nella conseguente possibilità di far valere *sine die* il vizio con essa dedotto.

A ben vedere, la risposta muta a seconda del parametro di riferimento. Infatti, se ciò è senz'altro vero in relazione al contratto, rispetto al quale il carattere imprescrittibile dell'azione di nullità è inderogabilmente sancito all'art. 1422 del codice civile, non altrettanto può dirsi con riferimento al provvedimento amministrativo, in relazione al quale, invece, le diverse esigenze ad esso sottese, viceversa impongono il rigoroso rispetto di un termine di decadenza, così come previsto dall'art. 31 comma 4 c.p.a.

Per questa ragione, se è corretto affermare che la perpetuità dell'azione è una conseguenza imprescindibile della nullità civilistica<sup>45</sup>, ogniqualvolta venga in rilievo l'esercizio o il mancato esercizio di un potere autoritativo, e quindi muti il contesto di riferimento, la necessità di garantire la certezza dell'azione amministrativa induce a

---

<sup>45</sup> Secondo la tradizionale impostazione civilistica, la nullità del contratto, così come descritta nel codice civile, appare contrassegnata da tratti assolutamente negativi, in ciò distinguendosi rispetto alla meno grave patologia dell'annullamento, viceversa descritta positivamente. Autorevole dottrina ha tuttavia osservato che anche le disposizioni in tema di nullità, se correttamente interpretate, lasciano intravedere la volontà del legislatore di mitigare i predetti tratti negativi, ammettendo, in talune ipotesi, la possibilità di convalidare l'atto nullo, riconoscendo allo stesso la produttività di effetti, o ancora, circoscrivendo la legittimazione ad agire solo in favore di talune categorie di soggetti. L'unico aspetto in relazione al quale la disciplina civilistica non ammette deroga alcuna è costituito dal carattere imprescrittibile dell'azione, espressamente sancito dall'art. 1422 c.c.

sostenere esattamente il contrario, ovvero sia ad escludere l'ammissibilità di un'azione che sia del tutto svincolata dal rispetto di un termine.

Chiarito dunque l'oggetto della nostra analisi, è possibile affermare che la maggiore o minore coerenza sistematica della norma relativa all'azione di nullità, così come della disciplina in essa prevista, lungi dal venir valutata alla stregua dei rigorosi canoni civilistici, debba essere invece accertata sulla base dei principi e dei canoni propri del contesto di appartenenza, rappresentato, nella specie, dal processo amministrativo.

Un approccio differente da quello appena descritto, che pretenda di applicare al provvedimento amministrativo ciò che il legislatore ha espressamente previsto con esclusivo riferimento al contratto, sarebbe frutto di una visione riduttiva e settoriale del fenomeno e come tale meriterebbe di essere opportunamente rivisto, in ragione del fatto che la nullità, ponendosi in rapporto di specialità rispetto alla più ampia categoria dell'invalidità, di per sé implica il ricorso a parametri di valutazione suoi propri, distinti rispetto a quelli applicabili ad altre patologie, specie se relative ad atti espressione non già di autonomia, ma di potere, quale appunto è il provvedimento amministrativo.

Si può quindi concludere che la mancata previsione del termine, che inizialmente ha caratterizzato l'azione di nullità, se poteva considerarsi coerente con la dimensione effettiva della nullità del contratto, non lo era affatto in relazione al provvedimento.

Sul punto, è dunque preferibile la versione definitiva della norma. Essa, infatti, se da un lato può apparire scarna ed imprecisa per i profili già esaminati, dall'altro lato, disancorandosi dalle rigide coordinate civilistiche, è quella che maggiormente garantisce una disciplina coerente con le particolarità e le esigenze proprie del giudizio amministrativo.

Alle predette esigenze risponde, in particolare, la previsione del termine di decadenza e più in generale la disciplina di cui al comma 4, interamente dedicata al dato temporale, in seguito oggetto di accurata disamina.

## **§ 6. Segue. La tecnica di formulazione della norma.**

Al di là della collocazione sistematica, dalla quale già traspare lo scarso interesse del legislatore verso l'azione di nullità, anche la tecnica legislativa impiegata nella formulazione della norma pare sminuire la reale portata innovativa della stessa e certamente non si addice ad un intervento di siffatta importanza.

La sinteticità del dato normativo<sup>46</sup>, così come l'imprecisione dei termini in esso previsti emergono in maniera evidente analizzando le tre proposizioni nelle quali si scompone il comma 4 dell'art. 31.

In relazione alla prima, il difetto di precisione è stato per lo più riscontrato nell'uso delle locuzioni impiegate per delimitare l'ambito di operatività della regola in essa contenuta e del regime processuale ivi stabilito.

Si è osservato<sup>47</sup>, al riguardo, che il riferimento espresso alle "nullità previste dalle legge", contenuto all'art. 31 comma 4, parrebbe a prima vista richiamare le sole nullità testuali, con esclusione dunque delle restanti ipotesi di nullità previste dall'art. 21 septies della L. 241-90.

A ben vedere, però, una siffatta lettura non è in alcun modo condivisibile. Valorizzare eccessivamente il dato letterale conduce, in tal caso, ad un'inspiegabile riduzione della portata applicativa della norma.

E' preferibile dunque ritenere che il Legislatore, lungi dal voler circoscrivere l'ambito di applicazione della norma alle sole ipotesi di nullità testuale, abbia inteso riferirsi alla previsione di cui all'art. 21 septies della L. 241-90 e alle singole cause di nullità in essa previste<sup>48</sup>. E difatti, oltre i casi di nullità testuale<sup>49</sup>, le restanti ipotesi di nullità

---

<sup>46</sup> Evidenziano il carattere scarno della disciplina processuale in tema di nullità: Sassani B., *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), pubblicato il 7 marzo 2011, 9; Veltri G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità e annullamento nel codice del processo amministrativo*, in [www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it), pubblicato il 24 febbraio 2011, 12; Domenichelli V., *Le azioni nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www. Jus-publicum.com](http://www.Jus-publicum.com), giugno 2011, 10.

<sup>47</sup> Domenichelli V., *op.cit.*

<sup>48</sup> Così Occhiena M- Fracchia F., *op.cit.*, 529, secondo il quale "la declinazione del termine al plurale evoca le diverse ipotesi suscettibili di determinare la nullità del provvedimento: il rinvio alle previsioni su base legislativa deve quindi intendersi riferito alla disciplina in tema di cause di nullità, contenuta nell'art. 21 septies L. n. 241-90".

<sup>49</sup> In ordine al duplice rilievo della previsione relativa alla nullità testuale si veda quanto sostenuto da Notari V., *Nullità del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, 606, a

dell'atto amministrativo, incidendo sul principio per cui ogni violazione di legge di per sé comporta l'annullabilità dell'atto, rivestono carattere tassativo<sup>50</sup>.

Con riferimento alla seconda proposizione, l'imprecisione del dato normativo si ricava dall'omessa considerazione del soggetto controinteressato e dalla contestuale attribuzione della facoltà di eccezione alla sola "parte resistente". Una siffatta interpretazione, nella misura in cui suggerisce una lettura riduttiva della previsione in esame, benchè conforme al dato letterale, non è in alcun modo condivisibile.

Anche in tal caso, il richiamo alla nozione di "parte resistente", che *prima facies* sembrerebbe identificare l'area dei soggetti legittimati ad eccepire la nullità, deve essere correttamente interpretato.

La nozione di "parte resistente" non deve essere intesa nel suo significato formale - cui peraltro si riferisce lo stesso art. 41 del Codice<sup>51</sup> e la maggior parte delle norme in esso previste, che tuttora offrono una nozione di parte resistente modellata sullo schema del processo impugnatorio<sup>52</sup> - ma va piuttosto interpretata in senso *sostanziale*, con riferimento cioè a chiunque sia interessato a far valere nullità del provvedimento, opponendosi all'altrui iniziativa processuale<sup>53</sup>. L'utilizzo da parte del Legislatore di una nozione volutamente generica<sup>54</sup> e nel contempo la mancata considerazione, tra i soggetti legittimati ad agire, di eventuali controinteressati, risulta dunque giustificato dalla particolare natura del vizio e dalla rilevanza dell'interesse ad esso sotteso, che non consente di predeterminare *a priori* i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione.

---

cura di R. Tomei, Padova, 2005; Spasiano M.R., *Articolo 21 septies. Nullità del provvedimento amministrativo*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, 573, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino, 2005, i quali osservano che l'espressa previsione della nullità testuale, all'interno dell'art. 21 septies L. 241-90, oltre a conferire un fondamento normativo generale all'istituto, esprime nel contempo la scelta, da parte del legislatore, di non accogliere l'istituto della nullità virtuale, conseguente alla violazione di una norma imperativa non assistita da altra specifica sanzione. In giurisprudenza, cfr Cons. stato n. 6023/2005.

<sup>50</sup> In termini equivalenti si è espresso anche la giurisprudenza amministrativa più recente - V. Cons. Stato, sent. N. 5671 del 18.11.14 - .

<sup>51</sup> In base all'art. 41 del codice del processo amministrativo l'amministrazione resistente è quella cui deve essere notificato il ricorso in quanto autrice dell'atto impugnato.

<sup>52</sup> Così F.G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, ed. Giappichelli, pag. 234 ss.

<sup>53</sup> In tal senso B. Sassani, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 277. L'autore, in particolare, identifica come resistente (in senso sostanziale) il privato interessato a far valere la nullità di un atto con cui l'Amministrazione gli si impone (ad esempio nel caso in cui questi impugni un atto esecutivo di un atto normativo).

Un ulteriore aspetto, cui la dottrina ha rivolto le proprie critiche, riguarda infine la formulazione con la quale il legislatore, riferendosi alla nullità per violazione o elusione del giudicato, ha inteso ulteriormente circoscrivere l'ambito di operatività del comma 4. L'inesattezza nella formulazione del dato normativo si coglie in particolare nell'incapacità, da parte del legislatore, di individuare con sufficiente chiarezza, quali tra le diverse previsioni contenute nel comma 4, siano o meno applicabili alle predette ipotesi di nullità, le cui specificità giustificano sì la previsione di una disciplina in parte distinta, ma pur sempre coerente con la natura e gravità del vizio di cui anch'esse costituiscono espressione.

Il legislatore, infatti, nel prevedere che "le disposizioni del comma 4 *"...non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lett b)..."*, inevitabilmente sottrae le predette ipotesi di nullità all'applicabilità di tutte le disposizioni in esso contenute, incluse dunque le previsioni in merito all'eccezione di parte e alla rilevabilità d'ufficio, che nulla hanno a che vedere con la specificità propria della causa di nullità.

E' ragionevole ritenere, dunque, che, malgrado il generico richiamo alle disposizioni di cui al comma 4, la mancata applicazione della disciplina in esso prevista debba essere riferita al solo regime temporale di esercizio dell'azione, e non anche alle restanti previsioni in tema di nullità.

#### **§ 7. Bilancio dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Compatibilità e coerenza del nuovo regime processuale con la preesistente normativa in tema di nullità e annullabilità. Brevi cenni.**

Al di là delle criticità rilevate, l'art. 31 comma 4 c.p.a. rappresenta, nel panorama normativo della nullità, una previsione di grande pregio.

Il legislatore, infatti, attraverso la stessa, risolve definitivamente la questione relativa all'ammissibilità dell'azione di nullità all'interno del processo amministrativo, assegnando alla tutela dichiarativa un ruolo privilegiato nella difesa delle posizioni di interesse legittimo incise da provvedimenti nulli.



La preferenza verso l'azione di nullità, rispetto alla tradizionale azione di annullamento, discende dal riconoscimento normativo del vizio di nullità all'interno dell'art. 21 *septies* e dal relativo bisogno di tutela giurisdizionale, consacrato negli artt. 24-103 e 113 della Costituzione, cui la normativa processuale - attraverso il formale richiamo al principio di effettività della tutela <sup>55</sup>- esplicitamente rinvia ed è volta a dare attuazione.

A parte la rilevanza del dato normativo sostanziale in tema di nullità, l'ammissibilità della relativa azione si fonda altresì su un dato ulteriore, desumibile anch'esso dal dettato costituzionale<sup>56</sup>, rappresentato dall'assenza di elementi ostativi nell'ambito del sistema processuale.

Precedentemente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, infatti, l'orientamento prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, negava l'ammissibilità dinanzi al giudice amministrativo di azioni di nullità provvedimento<sup>57</sup>. E la principale argomentazione posta a sostegno dello stesso, faceva leva proprio sulla incompatibilità della tutela dichiarativa con la struttura impugnatoria tipica del processo amministrativo. Si tratta, tuttavia, di un'argomentazione non pertinente rispetto all'azione di cui trattasi.

---

<sup>55</sup> Il principio di effettività della tutela, all'interno della normativa processuale, risulta espressamente richiamato non solo all'art. 1 (*effettività*) del D. lgs n. 104-2010, che statuisce: "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*", ma altresì nel successivo art. 7 comma 7, che così dispone: "*Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi*".

<sup>56</sup> Da una lettura congiunta delle previsioni di cui all'art. 24-103 e 113 del dettato costituzionale emerge in maniera evidente come l'intenzione del legislatore costituente non fosse certo quella di configurare il processo amministrativo quale giudizio di *mero* annullamento dell'atto viziato, quantomeno in una prospettiva volta a circoscrivere esclusivamente ad esso le possibili forme di tutela esperibili da parte del privato. Per una valorizzazione del ruolo "propulsivo" dell'art. 113 Cost., si veda quanto osservato da Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrazione*, Padova, 2000, pag. 6. L'autore evidenzia infatti come la norma "(...) indirizza il legislatore verso il completamento della tutela, ossia verso l'abolizione dell'ingiustificata limitazione dei mezzi di tutela del cittadino nei confronti della P.A."

<sup>57</sup> Le uniche aperture all'ammissibilità di un'azione di nullità provvedimento si riscontravano, per lo più, nell'ambito di controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Al riguardo, si riporta testualmente quanto acutamente osservato da Sassani B., *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), pag. 3.: "*Non è un caso se di nullità il giudice amministrativo ha parlato senza imbarazzo operando in giurisdizione esclusiva, cioè in un ambito in cui, accentuando i difetti dell'atto o negando l'esercizio di un potere amministrativo legittimo, non ha rischiato di vedere svanire la propria giurisdizione*".

L'azione di nullità provvedimentoale, infatti, a prescindere dai caratteri propri del processo amministrativo, tuttora imperniato su un giudizio di tipo prevalentemente impugnatorio, non integra un'azione di accertamento in senso proprio. Conseguentemente, non ostano all'ammissibilità della prima le ragioni di incompatibilità processuale riferite alla seconda<sup>58</sup>.

L'azione dichiarativa di nullità, infatti, mira sì a rimuovere l'incertezza legata all'apparenza materiale dell'atto affetto da nullità, ma non involge il rapporto ad esso sottostante<sup>59</sup>, in ciò differenziandosi rispetto alla corrispondente azione delineata in sede civile<sup>60</sup>.

L'art. 31 comma 4 si segnala altresì per l'approccio essenzialmente autonomistico impresso alla patologia provvedimentoale.

La particolare natura degli interessi oggetto di tutela giustifica la previsione di un regime processuale del tutto singolare, che conferma l'orientamento volto ad escludere la possibilità di colmare eventuali carenze normative attraverso un mero rinvio alla disciplina civilistica in tema di nullità. Anche sul punto, la normativa processuale si pone in perfetta coerenza con la previsione sostanziale di cui all'art. 21- septies.

Entrambe, infatti, seppure in relazione a profili differenti, evidenziano la "specialità" della patologia provvedimentoale rispetto alla nullità civilistica.

---

<sup>58</sup> L'azione di accertamento *mero* è volta, infatti, a rimuovere l'incertezza in ordine alla sussistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio, e investe pertanto il profilo del rapporto giuridico, ragione per cui la sua trasposizione in via interpretativa nel processo amministrativo di legittimità sarebbe impedita dalla configurazione del giudizio come circoscritto all'atto, e non esteso al rapporto. In merito alla nozione di accertamento "in senso proprio", corrispondente all'azione di mero accertamento, si veda Mandrioli C., Corso di diritto processuale civile, Torino 2007, I, 49 s. Per un richiamo alla nozione di accertamento *mero* come riferita nel suo oggetto ad un rapporto giuridico preesistente, in contrapposizione all'accertamento costitutivo avente ad oggetto una modificazione giuridica, cfr. Giannini M.S. *Discorso generale sulla giustizia amministrativa II*, Rivista diritto processuale, 1964, 42.

<sup>59</sup> Per l'orientamento contrario, volto a ritenere l'azione dichiarativa della nullità alla stregua di un giudizio esteso al rapporto, vedi Susca A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n.15/2005 e n. 80/2005*, p.121.

<sup>60</sup> Il mancato coinvolgimento, ad opera dell'azione dichiarativa di nullità, del rapporto con l'Amministrazione, si evince altresì esaminando le singole ipotesi di nullità previste dall'art. 21 septies, le quali, ad eccezione della violazione ed elusione del giudicato, rispetto alla quale non si radica la giurisdizione generale di legittimità, riguardano il provvedimento come atto giuridico ed il potere amministrativo sotto il profilo della sua esistenza.

La previsione in commento “scolpisce”, inoltre, in termini di “autonomia” il rapporto intercorrente tra nullità e annullabilità del provvedimento.

Tuttavia, esaminando, anche nel proseguo, la disciplina in tema di nullità, può notarsi come la distanza intercorrente tra le due figure, decisamente più marcata in ambito sostanziale, pare gradualmente attenuarsi sul piano processuale, tanto da divenire, a tratti, quasi impercettibile.

Ciò emerge con particolare evidenza raffrontando la disciplina rispettivamente prevista per le due azioni, nell’ambito della quale le affinità riscontrate sembrano quasi “smussare” la rigidità - e l’uniformità - dei tratti caratterizzanti le due figure.

E’ quanto accade con riferimento alla disciplina del termine, all’ampiezza della legittimazione ad agire nonché, in ultimo, alla finalità e all’oggetto proprio delle due azioni, costituito, per entrambe, dalla verifica circa l’esistenza del vizio dedotto e, solo per l’azione di nullità, esteso all’accertamento ulteriore della “non modificazione” da parte del provvedimento impugnato, della situazione giuridica antecedente l’emanazione dello stesso<sup>61</sup>.

Tali analogie si riflettono, inevitabilmente, sull’ampiezza della pronuncia giurisdizionale e sugli effetti ad essa conseguenti.

L’esercizio vittorioso dell’azione di nullità, infatti, non conduce solamente ad una mera declaratoria del vizio o ad un semplice accertamento dell’insussistenza dei presunti effetti dell’atto - quasi si trattasse di una disapplicazione -<sup>62</sup>, ma ripristina la situazione giuridica e di fatto preesistente, producendo effetti assimilabili -

---

<sup>61</sup> Così Zingales I., *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Ed. Dike 2014, pag. 84.

<sup>62</sup> In merito alle differenze intercorrenti tra la pronuncia dichiarativa della nullità e la statuizione disapplicativa, si veda quanto osservato da Zingales I., *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, ed. Dike 2014, pag. 71, secondo il quale, mentre la prima riconosce, ad ogni effetto, l’inefficacia del provvedimento nullo, cancellando, in tal modo, anche l’apparenza dello stesso, la seconda, incide non già sull’atto ma sui relativi effetti, senza dunque escludere “ il rischio che la pubblica amministrazione svolga successivamente una ulteriore attività fondata sul presupposto della giuridica esistenza dello stesso”. Così anche Romano A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, pag. 54, secondo cui “ il potere di disapplicazione di un atto...investe i suoi effetti, non toccando la sua esistenza formale”.

quantomeno in relazione ai risultati materiali - a quelli propri di una pronuncia costitutiva di annullamento<sup>63</sup>.

A ben vedere però le predette affinità, in quanto circoscritte ai soli profili processuali<sup>64</sup>, non intaccano in alcun modo gli ulteriori caratteri che distinguono in maniera netta le due figure<sup>65</sup>, ciascuna delle quali mantiene immutate, sul piano sostanziale, i propri tratti caratteristici<sup>66</sup>.

Si tratta, peraltro, di affinità giustificate - se non addirittura imposte - dalla natura e dall'indisponibilità dell'interesse oggetto di tutela.

---

<sup>63</sup> Sul punto, si concorda con quanto osservato in dottrina (Caringella F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, II, cit., 2093 ss.) secondo cui "l'azione di accertamento della nullità del provvedimento non va intesa nel suo significato tradizionale, ovvero quale azione volta soltanto a dichiarare l'esistenza o la non esistenza del diritto e rivolta esclusivamente a procurare certezza giuridica di fronte ad uno stato di incertezza. Di fronte alla nullità dell'atto amministrativo si tratta pur sempre di accertare una illegittimità, la quale, benché più grave rispetto a quella che determina la semplice annullabilità, colpisce pur sempre l'atto".

<sup>64</sup> Anche sotto tale profilo peraltro sussistono rilevanti differenze in ordine ai presupposti per l'esercizio delle rispettive azioni nonché in ordine alla diversa ampiezza dei poteri riconosciuti ai soggetti del processo. L'una (azione di nullità) presuppone l'esistenza di un vizio intrinseco dell'atto, il cui accertamento è desumibile *ictu oculi*. L'altra (l'azione di annullamento) presuppone un vizio relativo all'esercizio della funzione, ragione per cui l'indagine è decisamente più complessa.

<sup>65</sup> Al riguardo si osserva che anche l'annullabilità, stante la natura imperativa delle norme che disciplinano l'azione amministrativa, trova fondamento nell'interesse pubblico. Entrambe le figure si risolvono cioè nella violazione di una norma imperativa e dell'interesse pubblico ad essa sotteso. Tuttavia, mentre le norme la cui violazione da luogo a nullità intaccano la struttura del provvedimento, e impediscono di configurarlo come tale, le norme la cui inosservanza da luogo ad annullabilità, incidono sull'esercizio concreto della funzione amministrativa, (senza mai intaccare però l'esistenza del potere)La differenza tra le due categorie di vizi è dunque di tipo qualitativo. Nelle ipotesi di nullità la difformità della fattispecie concreta rispetto a quella astratta è tale per cui il perseguimento dell'interesse pubblico è irrimediabilmente compromesso. Ne deriva che l'interesse vantato dal soggetto privato, benché sotteso anch'esso al provvedimento, non sarebbe in alcun modo perseguibile, se non a costo di sacrificare in modo irreversibile quello pubblico. Da tali osservazioni si ricava che la nullità si pone rispetto all'annullabilità quale categoria residuale. Questa configurazione della nullità, ribadita anche di recente, era peraltro già intuibile analizzando la giurisprudenza antecedente al dato normativo sostanziale, rappresentato dall'art. 21 *septies* -, che ha positivizzato la categoria. La differente disciplina riguardo al termine dipende dalla maggiore o minore incidenza del vizio sull'interesse pubblico, ovvero dalla misura in cui la patologia della nullità, (che comunque lede altresì l'interesse particolare del soggetto di volta in volta inciso dal provvedimento nullo) si riflette sull'interesse pubblico.

<sup>66</sup> Per ciò che concerne i rapporti tra nullità e annullabilità si veda quanto affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V - Sent. N. 792 del 16 febbraio 2012) secondo cui "le categorie della nullità e dell'annullabilità si presentano, nel diritto amministrativo, in relazione invertita rispetto alle corrispondenti categorie civilistiche, costituendo la prima l'eccezione rispetto alla seconda". Siffatto rapporto si giustifica con la necessità di garantire la certezza dell'azione amministrativa, inconciliabile con la possibilità che la stessa possa restare esposta ad impugnativa non assoggettata a termini di decadenza o prescrizione, così come previsto invece per la nullità civilistica. Per tale ragione, il codice del processo amministrativo, in ossequio a tale esigenza, subordina l'esercizio dell'azione di nullità al rispetto di un termine decadenziale pari a 180 giorni.

Sia la nullità che l'annullabilità sono infatti poste a tutela di un interesse pubblico<sup>67</sup>, al quale si affianca, senza mai sovrapporsi, l'interesse particolare del soggetto inciso dal provvedimento viziato. Diversa, ancora, è la modalità di accertamento del vizio.

Nella nullità il vizio è tale, per essenza e gravità, per cui la incapacità di soddisfare l'interesse pubblico sotteso al provvedimento, oltre ad essere irreversibile, si desume *ipso iure*, una volta riscontrata l'esistenza del vizio specificamente dedotto.

Viceversa, nel caso dell'annullabilità, l'esistenza del vizio non priva il provvedimento della sua astratta idoneità a soddisfare l'interesse pubblico perseguito, ma impone al giudice un accertamento concreto, volto a verificare, in un'ottica prognostica, l'effettiva incidenza del vizio di legittimità sul contenuto del provvedimento, e dunque sul probabile esito del procedimento rispetto all'interesse vantato dal privato<sup>68</sup>.

In ambito processuale, l'intenzione del legislatore di salvaguardare l'autonomia tra le due azioni si desume proprio dalla peculiare attenzione che egli dedica alla disciplina del termine, e alla previsione di un regime differenziato in vista degli interessi da tutelare.

Tale considerazione porta necessariamente ad esaminare, nel merito, il contenuto dell'art. 31 comma 4 e a spostare, dunque, la nostra attenzione dall'architettura formale al contenuto sostanziale della norma.

## **§ 8. Dall'architettura formale al contenuto sostanziale dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Il regime temporale quale criterio di interpretazione e integrazione del dato normativo.**

---

<sup>67</sup> Nel diritto positivo, la nullità è vista quale rimedio volto alla tutela in via esclusiva dell'interesse pubblico, proprio in relazione ai casi - coincidenti con le cause di nullità espressamente previste - in cui il rimedio dell'annullamento non è in grado di ristabilire l'equilibrio giuridico turbato. Da qui, peraltro, la comune definizione della nullità - specie in ambito civilistico - quale "reazione" dell'ordinamento di fronte ad un atto che si presenti difforme dal diritto.

<sup>68</sup> Così come previsto dall'art. 21 *octies* al comma 2 L. 241-90: " Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato. Il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato".

La disciplina relativa all'azione di nullità, specie se raffrontata con quella prevista per le altre azioni, pur disciplinate nel medesimo contesto normativo, appare particolarmente scarsa. L'unico profilo che trova in essa una compiuta regolamentazione è il termine.

Da qui, l'esigenza di esaminarne attentamente la disciplina, la *ratio* ad essa sottesa e i diversi interessi che la stessa, attraverso la previsione di un regime differenziato del termine, mira faticosamente a comporre. La predetta esigenza, risulta, a sua volta, giustificata dalla personale constatazione secondo cui la disciplina del termine, pur racchiusa nella normativa processuale di cui all'art. 31 comma 4 C.p.a., nasconde, in realtà, l'interesse del legislatore verso un dato di natura sostanziale.

La disciplina del dato temporale permette, inoltre, a mio avviso, di superare le criticità evidenziate dalla dottrina o quantomeno consente di ridimensionarne notevolmente la portata.

E difatti, la principale critica mossa dalla dottrina<sup>69</sup> investe proprio la scelta legislativa di assoggettare l'azione di nullità ad un termine di decadenza.

Si è osservato, al riguardo, che la previsione di un termine cui subordinare l'esercizio dell'azione non sarebbe coerente con la particolare gravità del vizio da cui è affetto il provvedimento nullo e la conseguente inidoneità a produrre effetti giuridici.

Il decorso del termine, determinando l'inoppugnabilità del provvedimento viziato, sembrerebbe consolidare il provvedimento nella realtà giuridica, dando luogo così ad un esito incompatibile con l'inefficacia originaria tipicamente connessa al vizio di nullità<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Si veda, al riguardo, quanto osservato da Chieppa R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano 2010, p. 242.

<sup>70</sup> Per la tesi contraria, si veda quanto osservato da Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*, Ed. Giappichelli Torino 2014, pag. 205, il quale correttamente osserva che il decorso del termine di decadenza di 180 giorni, cui è assoggettata l'azione di nullità, determina sì l'effetto, di natura processuale, di rendere l'atto inoppugnabile, ma *senza che ciò incida sul regime sostanziale dell'atto nullo, che è, pur sempre, quello dell'inefficacia*".

Si è detto, inoltre, che la scelta di assoggettare l'azione di nullità ad un termine di decadenza parrebbe "snaturare" l'istituto della nullità, tramutandola in una "super-annullabilità"<sup>71</sup>.

A tale argomentazione può subito replicarsi richiamando sinteticamente quanto statuito in proposito dall'art. 31 comma 4 c. p. a. , il quale, nel subordinare l'azione di nullità al regime di decadenza identifica il relativo termine in misura ben più ampia rispetto a quanto previsto per l'azione di annullamento, valorizzando così la diversità, in termini sia quantitativi che qualitativi, dei vizi rispettivamente dedotti con le due azioni<sup>72</sup>.

Dal regime processuale in tema di nullità si desume, dunque, chiaramente come il legislatore, lungi dal voler "snaturare" l'istituto della nullità abbia inteso piuttosto garantirne la più ampia autonomia, e ciò non solo in relazione alla corrispondente patologia civilistica<sup>73</sup>, ma anche e soprattutto rispetto alla diversa e meno grave figura dell'annullabilità<sup>74</sup>. A questo punto, risulta però indispensabile abbandonare il profilo dell'architettura formale della norma e soffermarsi sul contenuto sostanziale della stessa, tutto racchiuso nell'articolato regime del termine.

---

<sup>71</sup> Rispetto alla configurazione della nullità come super-annullabilità per effetto della nuova disciplina processuale racchiusa nell'art. 31 comma 4 Cpa vedi Chieppa R., cit., p. 242. In senso analogo, anche Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, p. 184. L'autore, in particolare, osservando l'attenuarsi delle differenze tra nullità e annullabilità a seguito dell'assoggettamento dell'azione di nullità ad un termine di decadenza, evidenzia la tendenza del legislatore a configurare la nullità come "macro-annullabilità".

<sup>72</sup> Per quanto riguarda il rapporto tra le due figure e l'incidenza su di esso della disciplina processuale, si veda quanto già osservato nel paragrafo 7 del presente capitolo (§ 7. *Bilancio dell'art. 31 comma 4 c.p.a. Compatibilità e coerenza del nuovo regime processuale con la preesistente normativa in tema di nullità e annullabilità. Brevi cenni*).

<sup>73</sup> L'obiettivo di assicurare la dovuta distanza rispetto alla corrispondente patologia civilistica è reso evidente, in ambito processuale, attraverso la scelta del legislatore di improntare il regime di nullità in un'ottica marcatamente pubblicistica, sottraendo la relativa tutela al regime dell'imprescrittibilità, cui viceversa è assoggettata l'azione dichiarativa di nullità nell'ambito dell'ordinamento civile.

<sup>74</sup> In ordine ai rapporti con la categoria dell'annullabilità, si veda quanto osservato da Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*, Ed. Giappichelli Torino 2014, pag. 205 s. L'illustre autore evidenzia, infatti, come le deviazioni dal modello di base della nullità (...) intervengano sui termini, ma non mutano gli altri caratteri che distinguono in maniera netta questa difformità dal modello legale rispetto all'annullabilità".

## § 9. La disciplina del termine, prima e dopo l'introduzione dell'art. 31 comma 4 D. Lgs n. 104-2010.

Precedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo, stante l'assenza di una disciplina *ad hoc*, si discuteva se l'azione di nullità, al pari dell'azione di annullamento, fosse soggetta o meno al rispetto di un termine, e in caso affermativo, se si trattasse di un termine di decadenza ovvero di prescrizione.

Parte della dottrina, per lo più di derivazione civilistica, stante l'improduttività originaria di effetti conseguente al provvedimento nullo, concludeva per l'imprescrittibilità dell'azione di nullità e per la rilevabilità d'ufficio, ad opera sia del giudice ordinario che amministrativo<sup>75</sup> <sup>76</sup>.Altra parte della dottrina approdava invece

---

<sup>75</sup> Nell'ambito della dottrina amministrativistica, la tesi della imprescrittibilità dell'azione di nullità era sostenuta anche da Bartolini A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, pag. 390-392, ed. Giappichelli 2001. L'autore però giungeva a questo risultato attraverso un percorso ermeneutico diverso, ritenendo che l'azione di nullità esperibile dinanzi al G.A. fosse "integralmente sottoposta" alla normativa civilistica. In giurisprudenza, utilizzava lo strumento dell'analogia in *Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872*, secondo cui: " Il nuovo art. 21 septies della L. 241-90, nel recepire i risultati di una ricca elaborazione interpretativa, ha codificato la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo, definendone i caratteri sostanziali (...), La disposizione, tuttavia, non ha espressamente indicato la disciplina dell'azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione. La carenza di disciplina espressa (...) non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale (...). In particolare, trova applicazione la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità. La gravità delle patologie elencate dall'art. 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, quale corollario obbligato, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna". *Cfr* infine *T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 29 aprile 2008, n. 1043*, in *Foro Amm. TAR, 2008, 1109*, che osserva: "secondo i principi generali dell'ordinamento civile, di recente recepiti nel diritto amministrativo con l'entrata in vigore dell'art. 21 septies, della l. 241-90, per effetto della l. n. 15-2005 (che ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo) la nullità è una categoria della patologia dell'atto che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e senza preclusioni temporali, essendo, il diritto di agire in giudizio per ottenerne la declaratoria, imprescrittibile e, la relativa azione, non soggetta a termini decadenziali".

<sup>76</sup> In parte diversa la ricostruzione effettuata da Romano Tassone A., *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, [www. Giustamm.it](http://www.Giustamm.it), il quale distinguendo tra interessi legittimi pretensivi ed interessi legittimi oppositivi, osservava che: "l'interesse pretensivo, che di fronte ad una manifestazione efficace di potere autoritativo di segno sfavorevole deve essere azionato entro il termine decadenziale, nel caso di atto nullo deve essere azionato entro cui il privato può agire - si ritiene dai più: davanti al G.A. - per la tutela dell'interesse materiale di base. Tale termine, secondo autorevole dottrina - Zingales I., cit., può ritenersi corrispondente a quello di un anno dalla formazione del silenzio inadempiuto, previsto dall'art. 2 L. n. 241-90 come limite oltre il quale l'interessato non può più proporre il relativo ricorso: evidentemente, decorso tale termine, è lo stesso interesse materiale di base del cittadino a non risultare più azionabile davanti al giudice (amministrativo) (...). Molto più complesso individuare regole comuni e termini più o meno certi per gli interessi legittimi oppositivi. Ovviamente, il problema sorge per quegli interessi legittimi oppositivi che siano originariamente tali,



ad una soluzione differente, a seconda che il soggetto destinatario del provvedimento nullo, fosse titolare di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo.

Nel primo caso, stante l'incapacità del provvedimento ad affievolire la preesistente situazione di diritto soggettivo, non vi era dubbio che l'azione di nullità fosse in ogni tempo esperibile.

Nel secondo caso, viceversa, trovava applicazione la regola generale secondo cui gli atti amministrativi vanno impugnati nel termine di decadenza, anche laddove il vizio da far valere fosse la nullità.

Questa soluzione non è rimasta però esente da critiche. Si è osservato, infatti, che se la *ratio* sottesa alla previsione del termine di decadenza risiede nell'esigenza di stabilizzare gli effetti conseguenti all'atto illegittimo, onde evitarne la caducazione retroattiva, non si vede allora come questa stessa esigenza, stante l'intrinseca ed originaria inefficacia dell'atto medesimo<sup>77</sup>, possa altresì configurarsi rispetto all'azione di nullità<sup>78</sup>.

In mancanza di una diversa indicazione legislativa, la disparità di *ratio* induceva dunque la predetta dottrina ad escludere qualsivoglia applicazione analogica del

---

e non discendano dalla "degradazione" di preesistenti diritti soggettivi: questi ultimi, infatti, davanti all'atto amministrativo nullo conservano integra la propria consistenza, sicchè l'azione di nullità risulterà imprescrittibile o prescrittibile, e prescrittibile in termini diversi, a seconda di quale sia la regola che vale per il singolo diritto di cui è questione. L'interesse legittimo oppositivo, pur essendo immediatamente leso dall'atto amministrativo nullo per quanto attiene all'esigenza di rendere certa l'inefficacia di quest'ultimo, non è tuttavia per altro verso inciso dall'atto stesso (salvo per gli eventuali profili risarcitori). E risulta quindi azionabile, almeno potenzialmente, senza limiti temporali (si immagini, per esempio, che l'amministrazione, accortasi della nullità di un primo provvedimento, dia luogo alla sua rinnovazione: è evidente che il secondo atto sarà impugnabile da parte del ricorrente, cui non potrà opporsi il mancato esercizio dell'azione di nullità nei confronti del primo provvedimento). La consumazione della azionabilità dell'interesse materiale di base non può quindi aversi ad opera del solo atto nullo, ma si esige, per questo, che l'atto stesso abbia avuto totale o parziale esecuzione: solo in presenza di un'attività esecutiva può sorgere infatti l'esigenza che l'interessato reagisca entro termini dati, oltre i quali l'interesse materiale di base alla conservazione dello status quo non può essere più fatto valere".

<sup>77</sup> A tal proposito si veda Zingales I., *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, pag. 73, ed. Dike 2014. L'autore osserva che "l'atto nullo è, invero, giuridicamente inefficace e dunque, per tale ragione, inidoneo sia a modificare il quadro sostanziale delle situazioni giuridiche interessate dall'intervento amministrativo, sia, in assenza di esplicite disposizioni normative di segno contrario, a determinare forme di consolidamento delle posizioni giuridiche coinvolte".

<sup>78</sup> Così Caringella F., *Corso di diritto amministrativo - tomo II - ed. Giuffrè 2004*.

termine di decadenza e ad optare per la tesi secondo cui la nullità del provvedimento va fatta valere nel termine di prescrizione ordinaria decennale.

Tale obiezione risulta ora superata per effetto della normativa introdotta dall'art. 31 comma 4 del nuovo codice del processo amministrativo, il quale va ben oltre l'accennata disputa, dettando - e non solo riguardo al termine - un regime differenziato, a seconda degli interessi coinvolti nel processo amministrativo e dei soggetti che ne risultano titolari.

In relazione al dato temporale, può osservarsi che l'art. 31 comma 4 D. lgs 104-10, nel regolare modalità e termini di esercizio dell'azione di nullità, lungi dal prevedere una disciplina uniforme, assegna ad esso una durata diversa, più o meno ampia, in ragione del soggetto che propone o rileva la relativa questione (la parte o il giudice) e della diversa modalità processuale (azione o eccezione) attraverso la quale il vizio *entra* all'interno del giudizio.

Dalla citata norma si ricava infatti che mentre la nullità è in ogni tempo rilevabile ad opera del giudice, allorché sia la parte ad introdurla in giudizio il legislatore subordina l'esercizio della relativa azione al rispetto di un termine di decadenza pari a 180 giorni, termine più ampio rispetto a quello previsto per l'esercizio dell'azione di annullamento, ma decorso il quale, stante la natura perentoria dello stesso, il provvedimento viziato diviene inoppugnabile, conducendo così, secondo taluni, ad un esito incompatibile con l'inefficacia originaria che tipicamente consegue al provvedimento nullo.

La possibilità di opporre *sine die* il suddetto vizio è viceversa prevista ogniqualvolta la relativa questione venga dedotta in via di eccezione<sup>79</sup> ad opera della parte resistente<sup>80</sup>, per la quale il rilievo della nullità diviene, dunque, imprescrittibile.

---

<sup>79</sup> L'art. 31 comma 4 C.p.a. così statuisce "(...) La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente (...)".

<sup>80</sup> In ordine all'ambito di operatività della regola avente ad oggetto la rilevazione del vizio di nullità in via di eccezione si veda quanto osservato da Sassani B., *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), pubblicato il 7 marzo 2011, p. 7 s. L'autore osserva che la predetta regola deve intendersi riferita alla figura del "resistente in senso sostanziale", distinta da quella del "resistente in senso processuale": la posizione del "resistente in senso sostanziale" coincide con "il privato interessato a far valere la nullità dell'atto con cui l'amministrazione gli si impone". Secondo l'illustre Autore "questa situazione potrebbe ben presentarsi nell'impugnazione di un atto

A questo punto, per completezza, è bene precisare che l'ambito di operatività della regola che subordina l'esercizio dell'azione di nullità ad un regime di decadenza assume un'ampiezza diversa, a seconda che la nozione di "parte resistente" venga intesa in senso formale ovvero in senso sostanziale.

Nel primo caso, legittimata ad eccepire il vizio di nullità è la pubblica Amministrazione, cui generalmente compete il ruolo di soggetto resistente in giudizio, ciò, perlomeno, alla stregua del modello processuale tradizionale<sup>81</sup>.

La rilevazione del vizio ad opera dell'amministrazione presuppone però che la nullità integri una circostanza idonea a paralizzare la pretesa del privato ricorrente e nel contempo risponda all'esigenza di tutelare l'interesse della parte pubblica resistente, evenienza questa prospettabile nei soli casi in cui la nullità sia posta esclusivamente a tutela dell'interesse pubblico<sup>82</sup>.

Quanto osservato rende evidente che l'accoglimento di una nozione di "resistente in senso formale" - peraltro maggiormente coerente con la tradizionale struttura del processo amministrativo di legittimità - riduce significativamente i casi di rilevazione della nullità in via di eccezione, stante, appunto, la necessaria funzionalizzazione della stessa alle esigenze di tutela proprie dell'Amministrazione. Conseguentemente, amplia la portata applicativa del regime decadenziale del termine previsto per l'esercizio dell'azione.

---

dipendente, per esempio di un atto esecutivo rispetto a precedente atto a carattere normativo. In tal caso se l'amministrazione convenuta si difendesse denunciando *la mancata impugnazione nei termini dell'atto presupposto, il ricorrente si troverebbe legittimato a denunciare la nullità di tale atto*". Nella prospettiva accolta dall'autore, dunque, l'operatività della regola inerente all'assoggettamento dell'azione ad un regime di decadenza risulta circoscritta per effetto dell'attribuzione al soggetto resistente (inteso in senso sostanziale) della facoltà di eccepire la nullità in ogni tempo: *"bandita dalla porta, l'imprescrittibilità rientra così dalla finestra. Rispetto all'atto nullo, il decorso del termine non cancella la possibilità di tutela del privato, ma ne trasforma la modalità: egli perde l'azione diretta, esperibile come tale solo nel semestre, ma conserva le azioni connesse, quelle per la cui decisione rileva la qualificazione dell'atto"*.

<sup>81</sup> Si veda, a tal proposito, Scoca F.G., cit., p. 225, il quale opportunamente rileva come il tradizionale assetto processuale, condizionato dalla struttura impugnatoria del giudizio amministrativo di legittimità, e dunque prevalentemente incentrato sulla relazione potere/interesse legittimo, merita di essere rimeditato alla luce della *"accresciuta complessità dell'organizzazione amministrativa e delle relazioni tra amministrazione e cittadini"*. Evenienza, questa, che secondo l'illustre Autore *"determina la possibilità che vi siano casi in cui si contrappongono due soggetti pubblici, ovvero due soggetti privati, nonché di processi a parti invertite, nei quali cioè il soggetto pubblico assume la veste di ricorrente e il privato quella di resistente"*.

<sup>82</sup> La scarsità delle ipotesi in cui l'amministrazione può vantare un interesse alla proposizione dell'eccezione di nullità è evidenziata da Follieri E., *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.Giustamm.it*, pubblicato il 26 aprile 2012.

Al risultato diametralmente opposto si giunge, viceversa, prediligendo una nozione “sostanziale” di parte resistente. In questa prospettiva, da taluni adottata in dottrina<sup>83</sup>, il riconoscimento in favore del resistente della facoltà di eccepire *sine die* il vizio di nullità, riduce sensibilmente l’operatività del regime decadenziale del termine e di tutte le garanzie ad esso connesse.

### **§ 10. La “specialità” della nullità provvedimentoale in rapporto alla nullità civilistica di protezione.**

A prima vista, il regime processuale così delineato, assai flessibile sul piano temporale e aperto alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quello pubblico, presenta significative analogie con la disciplina civilistica dettata con riferimento alle *nullità c.d. di protezione*<sup>84</sup>.

Certamente la nullità provvedimentoale costituisce una nullità “speciale”. Rispetto alla nullità di protezione, tuttavia, l’affinità è solo apparente. Quest’ultima risulta, infatti, caratterizzata sotto un duplice profilo, rappresentato dalla legittimazione ristretta e dalla rilevabilità d’ufficio c.d. condizionata<sup>85</sup>.

Il primo profilo attiene all’identificazione del soggetto legittimato ad agire, individuato esclusivamente in colui nel cui interesse è prevista la nullità.

Il secondo profilo concerne, invece, i limiti al potere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità, potere il cui esercizio presuppone una previa verifica in ordine all’utilità pratica che un’eventuale pronuncia di accertamento della nullità possa determinare nei confronti del soggetto protetto. Con la conseguenza che, qualora tale

---

<sup>83</sup> Così Sassani B. cit., pag. 7, secondo il quale “la posizione del “resistente in senso sostanziale” coincide con il privato interessato a far valere la nullità dell’atto con cui l’amministrazione gli si impone”.

<sup>84</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di cui all’art. 36 del D. Lgs 6.09.05, n. 206 (Codice del consumo) che così dispone: “Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”. Il successivo comma 3 specifica poi che “La nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”. La nullità di protezione, oltre ad essere prevista all’interno del codice del consumo e quindi con riferimento ai contratti del consumatore è altresì sancita con riferimento ai contratti bancari e ai contratti relativi alla prestazione di servizi finanziari.

<sup>85</sup> Sotto il profilo contenutistico, la nullità di protezione si caratterizza, infine, per essere una nullità necessariamente “parziale”. Essa, infatti, non investe l’intero contratto, ma solo una singola clausola di esso.

accertamento abbia esito negativo, e quindi si converta in un esito sfavorevole per il contraente debole, la nullità non è in alcun modo rilevabile da parte del giudice.

Orbene, con riferimento ad entrambi i suddetti profili, la disciplina processuale del provvedimento nullo appare fortemente differenziata. E la ragione di tale diversità è insita nella peculiarità dell'interesse considerato .

Nella nullità *c.d.* di protezione oggetto di tutela è l'interesse proprio di un soggetto determinato, che il legislatore ha già precisamente identificato quale parte debole, e ciò sulla base della posizione da egli rivestita all'interno del rapporto contrattuale.

La *ratio* alla base della predetta disciplina è infatti rappresentata dall'esigenza di assicurare una tutela compensativa in favore di chi, all'interno del rapporto contrattuale, vive una situazione di squilibrio, di tipo economico o normativo<sup>86</sup>, rispetto alla controparte. Da qui, appunto, il carattere "relativo" della nullità <sup>87</sup> e la conseguente legittimazione attiva in favore del soggetto nel cui interesse essa è prevista.

Viceversa, nella nullità provvedimentoale, seppure viene in rilievo l'interesse particolare (pretensivo o oppositivo) proprio del soggetto inciso dal provvedimento nullo, oggetto di tutela è pur sempre un interesse generale, pubblico, facente capo alla collettività<sup>88</sup>.

L'interesse particolare, infatti, attraverso la legittimazione all'esercizio dell'azione di nullità, viene sì tutelato, ma tale tutela non è altro che il riflesso processuale della

---

<sup>86</sup> Lo squilibrio contrattuale può essere tanto normativo quanto economico. Il primo attiene al contenuto del contratto, ovvero alla ripartizione di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi, così come determinata nel regolamento contrattuale. Il secondo, riguarda invece il rapporto di proporzionalità sussistente tra le prestazioni dedotte in contratto, considerate però nel complesso dell'operazione cui accedono.

<sup>87</sup> Le nullità di protezione si inquadrano nel più ampio fenomeno delle nullità speciali, con caratteri differenziali rispetto alla disciplina codicistica, giustificati dall'adattamento della legislazione alla varietà di rapporti contrattuali che vanno determinandosi nella realtà.

<sup>88</sup> Si è già avuto modo di osservare come dei vari interessi incisi dal provvedimento nullo, uno è necessariamente rappresentato dall'interesse pubblico, che viene garantito attraverso l'attribuzione al giudice del potere di rilevare d'ufficio la nullità, senza limite alcuno. Accanto all'interesse pubblico, viene altresì in rilievo l'interesse proprio del soggetto inciso dal provvedimento nullo, interesse che viene tutelato dall'ordinamento mediante il riconoscimento del diritto all'esercizio dell'azione di nullità.

tutela sostanziale garantita all'interesse pubblico, il solo a costituire il fondamento della nullità.

L'interesse pubblico, dunque, è ciò che qualifica la nullità in termini di assolutezza, determinando, sotto il profilo processuale, la rilevabilità d'ufficio incondizionata da parte del giudice<sup>89</sup> e la legittimazione ad agire di chiunque sia interessato all'accertamento del vizio.

L'unico elemento che nella nullità provvedimentoale ha carattere relativo - poiché cambia in funzione dell'interesse - è il termine.

La perentorietà del termine, così come la possibilità stessa di far valere l'esistenza del vizio, scompare infatti quando è colui che vi ha interesse ad eccepirne in giudizio la nullità, ovvero quando, in mancanza di un iniziativa di parte, è il giudice stesso a rilevarla d'ufficio.

Nella nullità provvedimentoale, poi, l'interesse ad agire, così come i soggetti portatori di tale interesse, non vengono individuati *a priori*, da parte del legislatore, ma vengono identificati sulla base dell'interesse di cui in concreto risultano titolari.

Ad ulteriore conferma della specialità della nullità provvedimentoale - e dunque della distanza intercorrente rispetto alla nullità civilistica di protezione -, può aggiungersi

---

<sup>89</sup> In relazione al potere-dovere del Giudice di rilevare d'ufficio la nullità, interessante è la questione relativa ai limiti e alla diversa ampiezza all'esercizio di tale potere, allorché oggetto dello stesso sia non già un atto privatistico bensì un provvedimento amministrativo. La questione si pone essenzialmente in relazione al principio statuito dalle S.U. della Cassazione civile (Sent. N. 14828 del 4 settembre 2012), peraltro messo immediatamente in discussione dalla sezione II, secondo il quale la nullità è rilevata di ufficio dal giudice nei soli casi in cui si agisca per fare valere diritti *presupponenti la validità* del contratto laddove il rilievo di ufficio sarebbe invece escluso allorché la domanda di parte sia volta a far valere vizi diversi (come accade nei casi di annullabilità o risolubilità). Il tema merita di essere approfondito. Ma può notarsi, in questa sede, che tale principio non avrebbe senso in una giurisdizione di legittimità nella quale, di regola, si agisce proprio per l'annullamento e nella quale, proprio a seguito della novella, può non essere chiaro fino in fondo, al ricorrente che agisce, se il vizio lamentato sia riconducibile alla nullità o alla annullabilità. Con specifico riferimento alla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale (o più in generale del negozio) si veda quanto osservato da Filanti G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto*, Persone e mercato 2014, p.107 ss., il quale, nel commentare con un approccio del tutto singolare i principi statuiti dalla Suprema Corte, osserva: "... escludere la rilevabilità d'ufficio in caso di domanda di risoluzione per inadempimento, significa "depotenziare" la funzione della nullità che esprime il disvalore dell'atto di autonomia privata che ne è colpito..." (...) "Il potere di rilevare d'ufficio la nullità non può che avere la massima estensione: quale che sia la domanda, quale che sia la causa di nullità".

una ulteriore considerazione, elaborata in ambito dottrinale<sup>90</sup>, secondo cui *“nel rapporto processuale amministrativo non c’è una meccanica e facile identificabilità della c.d. parte debole”*<sup>91</sup>.

La diversità di *ratio* e la difficoltà di identificare sempre e comunque il ricorrente come *“parte debole”*, impediscono di risolvere eventuali dubbi interpretativi mediante ricorso al regime civilistico e in un certo senso giustificano la genericità del dettato normativo.

Il legislatore ha infatti dettato una disciplina volutamente generica, in grado di adattarsi alle esigenze di tutela concretamente emerse nel corso del giudizio o comunque proprie del soggetto di volta in volta leso per effetto del provvedimento nullo, senza tuttavia mai trascurare l’interesse pubblico fisiologicamente sotteso alla nullità.

Personalmente, ritengo che la norma in commento, al di là delle criticità evidenziate dalla dottrina, debba essere letta con gli occhi di un *“giurista”*.

Il richiamo alla nozione di cui all’ art. 1176 c.c., ancorché improprio, mi è d’ausilio per esprimere il concetto: l’art. 31 comma 4 va letto ed interpretato cioè con una diligenza che non è quella dell’uomo medio, del *“buon padre di famiglia”*, ma di un soggetto che, in quanto dotato di competenze specifiche in materia, è in grado di cogliere gli interessi tutelati dalla norma e le ragioni ad essa sottese.

## **§ 11. L’incidenza del dato sostanziale sulla disciplina del termine. *Ratio* della differenziazione del termine.**

Dalla previsione di cui al comma 4 dell’art. 31 si ricava invero che l’arco temporale entro il quale far valere la questione di nullità è caratterizzato da un’ampiezza

---

<sup>90</sup> Così Ancora F., cui appartiene il virgolettato, *Il regime della nullità dell’atto amministrativo secondo il codice del processo amministrativo*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 2/2011.

<sup>91</sup> E ciò anche a causa della fisiologica disparità esistente tra le parti. Osserva, a tal proposito, autorevole dottrina che *“Nel rapporto processuale amministrativo non c’è una meccanica e facile identificabilità della parte c.d. debole: normalmente lo è il ricorrente, ma può esserlo anche chi resiste, così come bisognosa di tutela compensativa può essere l’Amministrazione che ha emanato l’atto, talvolta costituita da minuscoli enti”* Così Ancora F., *Il regime della nullità dell’atto amministrativo secondo il codice del processo amministrativo*, rassegna Avvocatura dello Stato N. 2/2011.

diversa, in ragione della diversità degli interessi incisi per effetto del provvedimento nullo <sup>92</sup>e dei soggetti che ne risultano titolari .

Stante l'agire funzionale della pubblica amministrazione, la nullità del provvedimento amministrativo, al pari della corrispondente patologia civilistica, è innanzitutto posta a tutela di un interesse pubblico [OPPURE: L'agire funzionale della p.a. giustifica la fisiologica prevalenza dell'interesse pubblico, ragione per cui la nullità del provvedimento amministrativo, al pari della corrispondente patologia civilistica, è posta innanzitutto a sua tutela]

E' possibile però che alla lesione dell'interesse pubblico, sottesa al provvedimento nullo, si accompagni la contestuale lesione di un interesse particolare, facente capo ad un soggetto determinato, con conseguente necessità per il medesimo di ottenere, in via d'azione o di eccezione, una pronuncia che accerti l'esistenza del vizio, ed eventualmente rimuova gli effetti *medio tempore* prodotti dal provvedimento nullo.

Viceversa, può accadere che il privato, non ricevendo alcun pregiudizio dal provvedimento nullo, ma anzi conseguendo da esso una qualche utilità, non abbia interesse a contestarne la validità.

Di qui, la necessità di impedire il consolidarsi degli effetti materiali derivanti dal suddetto provvedimento, mediante attribuzione al giudice del potere di rilevare d'ufficio la nullità, assicurando, in tal modo, la tutela dell'interesse pubblico leso per effetto del provvedimento<sup>93</sup>.

La mancata coincidenza tra l'interesse pubblico, che la declaratoria di nullità tende a garantire, e l'interesse particolare del soggetto, che si assume leso per effetto del provvedimento nullo, giustifica il perché il legislatore abbia previsto da un lato il

---

<sup>92</sup> Già nel contesto precedente all'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo una parte della dottrina ( Romano Tassone A., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.Giustamm.it*, 2007, parr. 7 e 8, p. 7 ss.) aveva indicato termini differenziati per l'esercizio dell'azione di nullità, in funzione degli interessi che le diverse ipotesi di nullità erano volte a garantire.

<sup>93</sup> In ordine a tale aspetto, la previsione legislativa recepisce un conforme orientamento del giudice amministrativo , che richiamava i principi generali in tema di nullità ricavabili dall'art. 1421 c.c. (*Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6092*). Ha chiarito il *C.g.a. 27 luglio 2012 n. 721* che quella del rilievo d'ufficio della nullità dell'atto è una deroga - espressamente prevista dalla legge - alla natura c.d. soggettiva della giurisdizione amministrativa.



potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità<sup>94</sup>, dall'altro lato, la facoltà, per colui che vi abbia interesse, di agire mediante la relativa azione declaratoria, da proporre però nel rispetto del termine di decadenza pari a 180 giorni.

Viceversa, la possibilità di opporre la nullità è prevista *sine die* ogniqualvolta la relativa questione sia introdotta in via di eccezione ad opera della parte resistente.

La *ratio* di tale disciplina è coerente con la necessità di contemperare due distinte esigenze. Da un lato, quella di garantire la certezza dell'azione amministrativa, assicurata attraverso la previsione del termine decadenziale di 180 giorni, cui è subordinato l'esercizio dell'azione di nullità.

Dall'altro, l'esigenza di evitare, in presenza di patologie così gravi - incidenti sulla struttura intrinseca dell'atto - che l'assetto di interessi fondato su un provvedimento nullo, divenga irreversibile, cagionando una definitiva lesione dell'interesse pubblico concretamente perseguito<sup>95</sup>.

La nullità, però, non è posta solo a tutela dell'interesse pubblico, ma è volta altresì a tutelare l'interesse particolare del soggetto di volta in volta leso dal provvedimento nullo e in quanto tale legittimato a proporre la relativa azione.

Infatti, colui che agisce mediante azione di nullità fa valere un interesse suo proprio, distinto rispetto all'interesse generale della collettività alla completa eliminazione del provvedimento nullo, interesse, questo, che la sentenza dichiarativa della nullità mira a garantire attraverso il riconoscimento dell'inefficacia dell'atto stesso e l'eventuale rimozione degli effetti materiali *medio tempore* prodotti.

A tal proposito, si richiama quanto affermato da un'illustre dottrina, secondo cui "*(...) l'eccellenza di un ordinamento amministrativo deriva dallo osservare con giuridica*

---

<sup>94</sup> Al riguardo si veda quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lecce, sez. III, 13 dicembre 2012 n. 2000), secondo cui: "*(...) il potere che la legge dà al giudice di rilevare la nullità dell'atto costituisce una potestà (potere-dovere) il cui esercizio è sempre obbligatorio, mai facoltativo, come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato*". In senso conforme anche la sentenza Cons. Giust. Amm. n. 721-2012, che sembra peraltro ridimensionare la portata della sua affermazione nella misura in cui, dopo aver riconosciuto il dovere del giudice di rilevare sempre la nullità inficiante il provvedimento, specifica che ciò deve ammettersi "*quantomeno nei casi in cui, come quello che viene qui in rilievo, si tratti di una nullità c.d. testuale*".

<sup>95</sup> Si tratta, peraltro, di esigenze tra loro funzionalmente connesse, preordinate cioè entrambe alla tutela dell'interesse pubblico, ontologicamente sotteso alla nullità.

*precisione non solo lo adempimento dei precetti legislativi, ma nello ottenere che ogni atto illegittimo o pur solo contrario allo spirito della legge, sia al più presto represso (...)*<sup>96</sup>.

Il soggetto destinatario del provvedimento è, invece, portatore di un interesse la cui tutela presuppone sì l'accertamento del vizio, ma non si esaurisce necessariamente in esso, dovendosi semmai foggiare sulla consistenza del pregiudizio sofferto nonché sulla natura della pretesa dedotta in giudizio.

## **§ 12. Il concetto di efficacia e di inefficacia riferito al provvedimento nullo e inesistente**

Corollario naturale della nullità è l'inefficacia dell'atto da essa colpito. Il termine "inefficacia" viene impiegato nella scienza giuridica per designare l'inidoneità dell'atto a produrre gli effetti suoi propri<sup>97</sup>.

Nel sistema amministrativo, il dato normativo da cui si ricava l'inefficacia del provvedimento nullo<sup>98</sup> è costituito dall'art. 31 comma 4 del nuovo codice del processo amministrativo, che disciplina l'esercizio dell'azione di nullità: l'affermazione della sua natura dichiarativa è un precipitato logico-giuridico della circostanza per cui l'atto nullo non è idoneo all'immutazione della realtà giuridica<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> In tal senso Bertolini, *Delle garanzie della legalità*, Roma, 1890, 9 e seg., cui appartiene il virgolettato.

<sup>97</sup> Per la nozione di inefficacia, in ambito civilistico, si veda: Bianca C.M., *Il contratto*, Diritto Civile, 3, Ed. Giuffrè 2001 pag. 524 ss; Roppo V., *Il contratto*, Ed. Giuffrè 2001, pag. 735 ss., il quale dopo aver definito genericamente l'inefficacia come "qualità che il contratto presenta, in quanto non sia produttivo degli effetti che normalmente dovrebbe produrre", ne ha messo in luce il rapporto di connessione funzionale con la nozione di invalidità, osservando in particolare come "*l'invalidità mira a all'inefficacia del contratto e ha quale conseguenza l'inefficacia del contratto, perché è attraverso l'inefficacia che l'invalidità può svolgere la sua funzione remediale*". Per una nozione di inefficacia in senso lato del contratto (o del negozio) si veda per tutti Santoro-Passarelli, *Dottrine Gen.*, cit., pag. 241 ss; Cariota - Ferrara, *Il negozio*, cit., pag. 331 segg. Ma v. anche Betti, *Teoria gen.*, cit., pag. 467 segg.

<sup>98</sup> Con riferimento al provvedimento nullo, in merito alla configurazione dell'inefficacia giuridica, quale sanzione connaturata al vizio di nullità, si veda quanto riportato da D'angelo L., *La nuova disciplina normativa della patologia del provvedimento amministrativo risolve la querelle relativa alla disapplicazione in malam partem - ad opera del giudice penale - della concessione (oggi permesso di costruire) in sanatoria in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)*, 2006, 3 ss. L'autore, in particolare, rinviene nel sistema amministrativo il dato positivo idoneo a fondare l'improduttività di effetti giuridici quale conseguenza del vizio di nullità predicabile in riferimento al provvedimento amministrativo.

<sup>99</sup> Che l'inidoneità dell'atto a produrre i propri effetti costituisca premessa da cui deriva la natura dichiarativa (e l'imprescrittibilità) della relativa azione è riconosciuto, sia pure nell'ambito di

Parte della dottrina, ravvisa invece il fondamento normativo dell'inefficacia, quale conseguenza del vizio di nullità, nell'art. 21 *nonies* della l. 241-90, nella parte in cui limita l'annullamento d'ufficio ai soli provvedimenti affetti da vizi di illegittimità.

Si è osservato, a tal proposito, che la predetta norma, nel prevedere l'annullamento d'ufficio dei soli provvedimenti affetti da vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere - con esclusione, dunque, dei vizi di nullità - implicitamente parrebbe avallare l'assunto per cui soltanto la prima tipologia di invalidità non andrebbe ad incidere, elidendola, sull'efficacia, esecutività ed esecutorietà dell'atto emanato, a differenza, pertanto, della seconda e più grave patologia provvedimentale che, invece, precluderebbe l'esplicazione di effetti giuridici<sup>100</sup>.

Quest'orientamento non è a mio avviso accettabile. E ciò, innanzitutto, per le argomentazioni poste a sostegno dello stesso: il richiamo espresso - contenuto nell'art. 21 *nonies* - alle ipotesi di illegittimità del provvedimento di cui all'art. 21 *octies*, non vale a circoscrivere ad esse l'esercizio del potere di annullamento in autotutela, ma vale piuttosto ad individuare la soglia minima di rilevanza del vizio<sup>101</sup>, al di sotto del quale non è configurabile il predetto potere, che viceversa può essere esercitato in presenza di vizi - pur sempre di legittimità - ma ben più gravi, quale è appunto la nullità.

Siffatta interpretazione, risulta altresì confermata dall'inciso, contenuto anch'esso nell'art. 21 *nonies*, secondo cui sono escluse, tra le ipotesi di illegittimità di cui all'art. 21 *octies* per le quali è ammesso l'esercizio del potere di annullamento, le fattispecie di cui al comma 2, e ciò in forza della loro inidoneità ad incidere sul contenuto sostanziale del provvedimento.

Altra ragione, per la quale ritengo non condivisibile la predetta tesi, è rappresentata dalle ricadute, a dir poco significative, che un eventuale suo accoglimento

---

una riflessione avente ad oggetto la nullità negoziale, anche da Varone S., *Azioni di cognizione*, in Sanino M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, UTET, 2011, 159.

<sup>100</sup> Così D'Angelo L., *L'improduttività di effetti giuridici del provvedimento amministrativo*, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), il quale osserva: "il fatto che non sia stato previsto effettivamente un potere di annullamento della P.A. nei confronti di provvedimenti nulli significherebbe verosimilmente che la nullità come intesa dal legislatore del 2005, renderebbe inidoneo il provvedimento amministrativo a fungere da intermediario tra la norma attributiva del potere, laddove sia individuabile, e l'effetto giuridico conseguibile dal suo esercizio, con il risultato di immodificazione dell'altrui sfera giuridica, con conseguente non necessità (e configurabilità) di interventi di secondo grado".

<sup>101</sup> A ciò si aggiunga che anche la giurisprudenza ha recentemente qualificato la nullità in senso tecnico quale "illegittimità c.d. forte" (si veda, al riguardo, la sentenza Consiglio di Stato sez. IV 2 aprile 2012 n. 1957)

presenterebbe sul tema oggetto di ricerca: escludere la possibilità di configurare l'esercizio del potere di autotutela rispetto al provvedimento nullo, equivarrebbe a negare *in toto* la distinzione tra provvedimento nullo e inesistente, rispetto alla quale l'esercizio del potere di autotutela rappresenta un indice di rilevanza più che significativo.

Ciò premesso, può ora osservarsi che anche la categoria dell'inefficacia, se riferita al provvedimento nullo, presenta dei tratti del tutto peculiari, dovuti in parte alla natura e gravità del vizio e in parte alle caratteristiche, strutturali e funzionali, proprie dell'atto cui si riferisce, costituente esercizio di un potere autoritativo<sup>102</sup>.

Il vizio di nullità, infatti, a differenza delle altre patologie, attiene alla struttura intrinseca dell'atto, ragion per cui l'improduttività di effetti ad esso conseguente si connota per essere, inevitabilmente, un'inefficacia originaria, assoluta e tendenzialmente irreversibile.

Nel carattere dell'assolutezza, si coglie, peraltro, una significativa differenza rispetto all'inefficacia propria della corrispondente categoria di diritto privato.

Difatti, mentre con riferimento alla patologia civilistica, seppure in ipotesi espressamente previste, il legislatore riconosce efficacia giuridica al contratto nullo<sup>103</sup>, e ciò non solo rispetto alle parti (art. 2126 c.c.), ma anche nei confronti dei terzi (art. 2652 n. 6 c.c.)<sup>104</sup>, in relazione al provvedimento nullo, il profilo dell'inefficacia appare rigorosamente circoscritto<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Potere, questo, che la legge attribuisce alla pubblica amministrazione per la cura concreta di un interesse pubblico. Ed è proprio la necessità di garantire l'effettiva soddisfazione di tale interesse a suggerire, nell'ambito del diritto amministrativo, una ricostruzione del meccanismo dell'inefficacia in termini del tutto peculiari rispetto agli altri settori dell'ordinamento, tra cui, in particolare il settore del diritto privato. Si è già avuto modo di osservare, infatti, che mentre in ambito pubblicistico l'eventualità che dall'atto nullo possano discendere effetti materiali (o giuridici riflessi) rappresenta una normale conseguenza dell'esecutività dell'atto medesimo, in ambito privatistico, il prodursi o meno di effetti in conseguenza di un negozio nullo, ove esso non sia già frutto di un'espressa previsione legislativa, è totalmente rimesso all'accordo tra le parti, in virtù della disponibilità dell'interesse che esse mirano a soddisfare.

<sup>103</sup> Il nostro sistema di diritto privato prevede due generali ipotesi di efficacia del contratto nullo, la conversione del contratto e la tardività della trascrizione della domanda di nullità.

<sup>104</sup> Tra gli atti soggetti a trascrizione il codice civile, all'art. 2652 n. 6 c.c., ricomprende altresì le domande dirette a far dichiarare la nullità di atti soggetti a tale forma di pubblicità. La sentenza che dichiara la nullità dell'alienazione travolge anche i diritti dei terzi acquirenti, e cioè i diritti dei terzi

In ambito pubblicistico, cioè, il momento preclusivo degli effetti, che si verifica contestualmente all'adozione del provvedimento nullo, non incontra eccezione alcuna<sup>106</sup>.

Gli studi di teoria generale, tuttavia, nel delineare l'ambito di operatività dell'inefficacia, hanno evidenziato la natura giuridica degli effetti il cui mancato prodursi è conseguenza della nullità provvedimentoale.

L'inefficacia cui essa si riferisce, infatti, concerne solo gli effetti giuridici alla cui realizzazione l'atto è deputato in via diretta<sup>107</sup>. Non riguarda, viceversa, gli effetti c.d. pratici, identificati in fatti meramente materiali, suscettibili a loro volta di determinare effetti giuridici, secondo la connessione "fatto-effetto"<sup>108</sup>.

In sintesi, non rientrano nel concetto di inefficacia gli effetti giuridici riflessi e gli effetti c.d. materiali, in relazione ai quali il provvedimento, ancorché affetto da nullità, conserva rigorosamente immutata tutta la sua capacità produttiva.

Quanto osservato, consente di attribuire il giusto significato all'affermazione contenuta in una recente pronuncia del Consiglio di Stato<sup>109</sup>, secondo cui il

---

che hanno acquistato dall'alienatario o dai suoi aventi causa. Tuttavia, se la trascrizione della domanda di nullità è eseguita dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo, la sentenza che dichiara la nullità non pregiudica i diritti che i terzi di buona fede hanno acquisito in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda di nullità. Al riguardo, si osserva che l'inopponibilità della sentenza di nullità non rende valido l'atto impugnato. Essa comporta, tuttavia, la rilevanza di tale atto che assieme alla buona fede dell'acquirente, concorre a costituire un efficace titolo di acquisto. Così Bianca C.M., *cit.*, pag. 631.

<sup>105</sup> Altra differenza, risiede nel fatto che mentre nel sistema di diritto privato le ipotesi di eccezionale rilevanza del contratto nullo sono frutto di un'espressa previsione legislativa, nel sistema amministrativo appaiono una diretta conseguenza della normale esecutività del provvedimento.

<sup>106</sup> Salvi, ovviamente, i casi in cui sia lo stesso ordinamento a permettere che l'atto nullo produca alcuni effetti: si pensi, ad esempio, a quanto stabilito dall'art. 52 comma 5 D. Lgs 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui: "al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave".

<sup>107</sup> Rispetto agli effetti giuridici, quindi, la preclusione non è assoluta, ma circoscritta ai soli effetti la cui produzione, stante il nesso di causalità diretta che li lega al provvedimento viziato, risulta irrimediabilmente frustrata.

<sup>108</sup> In questo senso, cfr. la pronuncia Tar Puglia n. 4581/2005, *cit.*; In dottrina si veda Spasiano M.R., Art. 21 *septies*. Nullità del provvedimento amministrativo in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino, 2005, 554 s. L'autore richiama l'orientamento teso a fondare la ricostruzione della nullità ( e quindi anche la distinzione rispetto alla categoria dell'inesistenza) sul concetto di risultato.

<sup>109</sup> Si veda, al riguardo, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV n. 5799/2011, di cui si riportano alcuni dei passaggi più significativi: "Il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile

provvedimento nullo ha comunque una propria “*efficacia interinale, che rende possibile la stessa definizione dell’atto come provvedimento amministrativo, dotato di imperatività e in quanto tale destinato ad imporsi unilateralmente ai suoi destinatari*”, cioè, perlomeno, sino a quando non venga accertata l’esistenza del vizio.

Il richiamo all’efficacia, seppure interinale, del provvedimento nullo allude evidentemente a quegli effetti, non già giuridici bensì materiali, che anche il provvedimento nullo, in forza dell’apparenza e sino all’accertamento in sede giurisdizionale, è comunque idoneo a produrre.

Ma la citata sentenza merita altresì di essere segnalata nella parte in cui ricollega l’efficacia interinale del provvedimento nullo alla necessità di conciliare l’imperatività del provvedimento – intesa quale attitudine a produrre unilateralmente effetti giuridici – con la nullità del medesimo.

Con quest’affermazione, infatti, il Consiglio di Stato prende implicitamente posizione in merito ad una questione affatto pacifica, quella cioè relativa all’incidenza del vizio di nullità sui caratteri propri del provvedimento. Al riguardo si registrano posizioni contrastanti.

Infatti, mentre la giurisprudenza più recente, cui si ascrive la sentenza citata<sup>110</sup>, ha escluso che il vizio di nullità, per quanto grave, potesse elidere la forza imperativa dello stesso, la dottrina, sia antecedente<sup>111</sup> che successiva all’intervento normativo<sup>112</sup>, si è per lo più espressa in senso opposto.

---

*la stessa definizione dell’atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari). Questi ultimi non possono sottrarsi agli effetti dell’atto, ovvero agire come se l’atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti, ritenendo ovvero opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità. Ciò vale anche per la Pubblica Amministrazione, avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, ed avverso i quali la prima amministrazione non è titolare di potere di autotutela”.*

<sup>110</sup> In tal senso, si veda la pronuncia del *Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799*, ove la forza imperativa dell’atto amministrativo viene considerata come una qualità appartenente anche ai provvedimenti invalidi, a prescindere dal tipo di invalidità e dalla gravità del vizio che è causa della stessa.

<sup>111</sup> Tra cui Greco G., *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 166.

<sup>112</sup> Nell’ambito della dottrina più recente si veda D’Orsogna M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli 2006.

All'interno di questo secondo orientamento si segnala l'opinione di chi, richiamando i principi elaborati da un'illustre dottrina<sup>113</sup>, ha evidenziato l'incompatibilità del carattere esecutorio dell'atto con l'inefficacia *ab origine* conseguente al vizio di nullità, identificando il fondamento di tale affermazione nel principio di legalità<sup>114</sup>.

Al di là della predetta questione, i principi statuiti nella richiamata pronuncia meritano di essere valorizzati per le importanti ricadute sul tema della mia ricerca: dalla affermazione secondo cui il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha comunque una sua efficacia interinale, quantomeno sino a quando la nullità non venga accertata, ne deriva, *a contrario*, che una volta verificata giudizialmente l'esistenza del vizio ed eliminati gli effetti materiali eventualmente prodotti, il provvedimento amministrativo cessa di apparire tale, con la conseguenza che il precedente stato patologico, venuto meno l'atto cui si riferiva, finisce per sovrapporsi definitivamente all'inesistenza, determinando il venir meno di ogni effetto - anche apparente - originato dal provvedimento nullo.

La pronuncia dichiarativa della nullità rappresenta, dunque, un momento essenziale nella dinamica del rapporto tra nullità e inesistenza.

L'accertamento del vizio, conseguente alla pronuncia del giudice amministrativo, introduce infatti nella realtà materiale ciò che in precedenza, ovvero sino alla declaratoria di nullità, apparteneva alla realtà giuridica.

Chiarito cioè ogni dubbio circa l'esistenza e la validità del provvedimento, ed eliminata quindi ogni incertezza legata alla condizione di apparenza dello stesso, l'ordinamento non ha più interesse verso quel provvedimento, che diviene così giuridicamente irrilevante e identico, nella sostanza, ad un provvedimento inesistente.

---

<sup>113</sup> Il riferimento è al pensiero di Giannini M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa I*, cit. 532, secondo cui l'identificazione del fondamento di tale conclusione nel principio di legalità discende dal riconoscimento degli aspetti contenutistici della qualità imperativa del provvedimento, tra i quali l'esecutorietà, come aspetti di diritto positivo. Vedi Sorace D., *Promemoria per una nuova voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 851.

<sup>114</sup> Nell'ambito della dottrina tradizionale cfr. Treves G., *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, pag. 88.

L'atto cioè si considera come mai esistito, e la sua precedente esistenza di fatto "rimane solo quale fenomeno storico"<sup>115</sup>.

La questione relativa al rapporto esistente tra le due categorie appare così circoscritta alla fase anteriore alla pronuncia dichiarativa della nullità, nel corso della quale l'apparenza che avvolge il provvedimento nullo e gli effetti ad essa connessi, lasciano ancora spazio ad incertezze circa la qualifica della fattispecie in termini di nullità ovvero di inesistenza.

L'analisi sinora condotta in merito all'inefficacia conseguente al provvedimento nullo, assume una importanza decisiva al fine di individuare analogie e differenze rispetto alla figura dell'inesistenza.

Il dato comune alle due forme patologiche riguarda, infatti, il profilo delle conseguenze del vizio e si sostanzia nell'assoluta e definitiva improduttività degli effetti giuridici dell'atto<sup>116</sup>.

L'improduttività di effetti, quale elemento comune sia alla nullità che all'inesistenza, si riferisce, peraltro, solo agli effetti giuridici e non anche a quelli pratici, eventualmente conseguenti all'attività materiale posta in essere dalla pubblica amministrazione.

La differenza si coglie invece nella diversità del dato causale da cui trae origine il comune effetto, identificato nell'inefficacia *ab origine* dell'atto (nullo o inesistente).

Nel caso dell'inesistenza, l'improduttività di effetti è insita nella naturale incapacità dell'atto ad esplicare qualsivoglia effetto, non solo giuridico, ma anche materiale.

---

<sup>115</sup> Si veda l'illustre *Contributo alla Teoria delle nullità di atti amministrativi* di Porrini R., Modena 1900, pag. 7 ss, cui appartiene il virgolettato. L'autore, pronunziandosi in ordine alla necessità o meno di una pronuncia dichiarativa della nullità, osserva: "nelle materie portate avanti l'autorità giudiziaria, questa riconosce la nullità, dichiara l'atto non capace di produrre gli effetti che gli sarebbero propri se fosse valido e decide di quelle altre conseguenze, quali ad esempio il risarcimento dei danni, che possono derivarne. Nelle materie nelle quali l'annullamento è pronunciato dalla giurisdizione amministrativa o dall'autorità superiore, cui spetta *ex officio* e a seguito a ricorso grazioso il controllo della legalità degli atti di autorità gerarchicamente sottoposta, questo fa sì che l'atto debba riguardarsi come mai esistito: la sua anteriore esistenza di fatto rimane solo come fenomeno storico, poiché la declaratoria di annullamento in questo caso non rimane circoscritta alla sfera dell'interesse dedotto in contestazione, ma colpisce l'atto nella sua essenza (...)"

<sup>116</sup> Sotto tale profilo, la categoria della nullità e dell'inesistenza si pongono in contrapposizione con l'annullabilità, che viceversa determina la provvisoria realizzazione degli effetti giuridici connessi all'atto viziato.



Evenienza, questa, che si verifica qualora il provvedimento sia privo degli elementi e delle condizioni oggettive o soggettive indispensabili ad identificarlo come tale.

L'assenza di tali elementi, tuttavia, non esclude la possibilità di configurare un atto o un fatto di diversa natura, o avente comunque una qualche rilevanza all'interno di un ordinamento o di un settore diverso da quello considerato.

Viceversa, nel caso della nullità, la mancata realizzazione degli effetti - riferita però solo agli effetti giuridici - è frutto di una previsione legislativa, in considerazione del fatto che l'atto nullo esiste nella realtà, sia giuridica che materiale, ma il vizio da cui è affetto è tale, per natura e gravità, per cui l'ordinamento reagisce ad esso precludendogli *ab origine* la produzione degli effetti che gli sarebbero propri.

### **§ 13. Il concetto di "attualità" della lesione riferito al provvedimento nullo.**

Il pregiudizio insito nella nullità provvedimentoale assume una connotazione del tutto particolare, desumibile non solo dalla natura degli atti da essa colpiti, ma altresì dall'oggetto e dalla finalità proprie del relativo giudizio.

Il giudizio di nullità si caratterizza infatti per essere un giudizio di *accertamento*<sup>117</sup>. Esso è volto in primo luogo a rimuovere l'incertezza che avvolge il provvedimento nullo, eliminando ogni dubbio in ordine alla validità ed efficacia dello stesso.

L'oggetto del giudizio, e la conseguente pronuncia giurisdizionale, possono assumere poi un contenuto più ampio, a seconda che l'amministrazione dia o meno esecuzione al provvedimento nullo.

Nella prima ipotesi, alla ordinaria e imprescindibile funzione dichiarativa connaturata al giudizio di nullità, se ne aggiunge una ulteriore, consistente nella eliminazione degli effetti conseguenti alla materiale attuazione del provvedimento ad opera della P.A.

---

<sup>117</sup> Per la corrispondente nozione in ambito civilistico, si veda Roppo V., ed. Giuffrè 2001, pag. 524, secondo cui "i contratti di accertamento sono quelli che, data una situazione di incertezza sull'esistenza o sul contenuto di posizioni soggettive delle parti, la eliminano, chiarendo se la posizione esiste e che contenuto ha. Sinonimo di accertamento è ricognizione (cioè riconoscimento): le parti "riconoscono" che il loro precedente rapporto si configura nel modo accertato".

Ciò premesso, in ordine all'oggetto e alla funzione propria del giudizio di nullità, è ora opportuno analizzare i possibili pregiudizi conseguenti al provvedimento nullo<sup>118</sup>.

A fronte della nullità provvedimento, sono infatti prospettabili diverse tipologie di pregiudizio, alcune delle quali correlate all'esecuzione materiale del provvedimento, altre, invece, del tutto svincolate da essa.

La prima tipologia di pregiudizio che viene in rilievo, sia dal punto di vista logico che cronologico, prescinde dal comportamento materiale della pubblica amministrazione, e si identifica nella *mera* esistenza del provvedimento nullo.

La parvenza di efficacia, conseguente all'emanazione dello stesso, genera infatti una situazione di incertezza, la quale, oltre a costituire da sé fonte di pregiudizio, mantiene altresì intatta la propria consistenza, a prescindere dalla specificità della situazione giuridica sostanziale vantata dal soggetto<sup>119</sup>.

A titolo meramente esemplificativo - senza, dunque, che il riferimento ad essa assuma rilievo alcuno al fine di assegnare al pregiudizio una valenza diversa - si consideri l'ipotesi della sanzione amministrativa nulla, la cui semplice adozione sia idonea a pregiudicare lo svolgimento dell'attività lavorativa del presunto trasgressore o ancora, come taluno osserva<sup>120</sup>, al caso del provvedimento espropriativo nullo, avente ad oggetto un immobile che il privato intende alienare, "*con immaginabili effetti sulla concreta commerciabilità del bene*"<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> A tal proposito, è opportuno dar conto di un'opinione dottrinale (Luciani F., *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo* in *www.Giustamm.it*, 2007, par. 12, p. 12) la quale, in relazione al provvedimento nullo, per l'inefficacia che lo contraddistingue, suggerisce il "superamento del connotato dell'attualità dell'interesse". Esigere "l'attualità dell'interesse", equivarrebbe, secondo l'autore, a "dichiarare l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse". Condivide la citata affermazione, ma non le relative conclusioni, Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*, Ed. Giappichelli 2014, p. 206. A mio avviso, alla luce dei caratteri che la nullità assume in relazione al provvedimento, il concetto di "attualità dell'interesse" andrebbe rimeditato, e riferito non già all'inefficacia bensì ai pregiudizi concretamente connessi al provvedimento nullo, ancorché giuridicamente inefficace.

<sup>119</sup> L'apparente efficacia di un provvedimento potrebbe cioè risultare pregiudizievole, in eguale misura, sia nel campo dei diritti soggettivi che in quello degli interessi legittimi, siano essi pretensivi ovvero oppositivi.

<sup>120</sup> Così, Romano Tassone A., *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, in *www.Giustamm.it*.

<sup>121</sup> Il virgolettato appartiene a Romano Tassone A., *cit.*

Si tratta, in tal caso, di un pregiudizio autonomo e distinto rispetto a quello eventualmente conseguente alla condotta attuativa della pubblica amministrazione.

Difatti, quand'anche da essa scaturiscano importanti effetti sul piano della realtà fenomenica, l'esecuzione materiale del provvedimento nullo non vale ad identificare il pregiudizio, ma piuttosto approfondisce la lesione già verificatasi, rendendo semmai inadeguata e non pienamente soddisfattoria la tutela offerta attraverso l'emanazione di una pronuncia meramente dichiarativa.

Accanto al pregiudizio sinora delineato<sup>122</sup>, la cui esistenza prescinde, come si è visto, dalla tipologia di interesse vantato dal soggetto, vi sono però casi nei quali la lesività dell'attività provvedimentale si configura in modo diverso, a seconda che la situazione giuridica sostanziale da essa incisa assuma carattere pretensivo ovvero oppositivo.

Infatti, qualora il soggetto sia titolare di un interesse pretensivo, il pregiudizio si concreta nel mancato conseguimento del bene della vita sotteso all'emanazione del provvedimento favorevole. In tal caso, la lesione sorge e si esaurisce con l'adozione del provvedimento di diniego nullo.

Dinanzi ad una pretesa qualificabile in termini di interesse oppositivo, alla mancata conservazione del bene o della situazione di vantaggio, prodotta dall'emanazione del provvedimento nullo, può altresì seguire un pregiudizio ulteriore, dato dalla materiale esecuzione del provvedimento ad opera della pubblica amministrazione. Evenienza, questa, che dinanzi agli interessi pretensivi non è in alcun modo prospettabile.

La mancata emanazione di atti favorevoli, o il diniego dell'emanazione di atti favorevoli, infatti, non sono provvedimenti suscettibili di essere portati ad esecuzione, ragione per cui, rispetto ad essi, l'unica forma di lesione configurabile è data dalla *mera* parvenza di efficacia dell'atto, conseguente al vizio di nullità.

---

<sup>122</sup> Quello cioè correlato alla situazione di apparenza generata dal provvedimento nullo, rispetto al quale non può che essere indifferente la specifica tipologia di interesse vantato dal soggetto.

Quanto osservato rende evidente che il pregiudizio insito nella nullità provvedimento non si ricollega necessariamente alla produzione, da parte del provvedimento nullo, di veri e propri effetti materiali, ma può altresì derivare dalla semplice apparenza circa la validità e l'efficacia dell'atto medesimo.

Ciò vale non solo in relazione agli interessi di natura pretensiva, per i quali, anzi, non residuano altre forme di lesione, ma anche nell'ambito degli interessi sostanziali di carattere oppositivo, rispetto ai quali il pregiudizio connaturato al vizio di nullità può ben consistere nell'apparente nuovo assetto di interessi consolidatosi a seguito dell'emanazione del provvedimento, a prescindere poi dalla circostanza che l'amministrazione vi dia o meno esecuzione.

#### **§ 14. L' interesse e la legittimazione ad agire nell'azione di nullità provvedimento.**

Le considerazioni che precedono, volte ad evidenziare i possibili pregiudizi conseguenti al provvedimento nullo, ci consentono ora di affrontare, con riferimento all'azione di nullità, una questione ulteriore, quella cioè relativa all'ampiezza della nozione di interesse e della conseguente legittimazione ad agire.

I due istituti sono fra loro funzionalmente connessi: la legittimazione ad agire viene cioè attribuita in funzione di un interesse, che va identificato sulla base del pregiudizio concretamente sofferto da parte di colui che agisce in giudizio.

Lo stesso legislatore, allorché attribuisce alla parte la facoltà di agire - o di resistere - in giudizio per far valere la nullità di un provvedimento evidentemente riconosce, quantomeno in astratto, che l'interesse di cui il soggetto è portatore è meritevole di tutela.

La questione relativa all'astratta configurabilità di un interesse ad agire a fronte del provvedimento nullo è stata peraltro definitivamente risolta a seguito dell'introduzione dell'art. 21 septies l. 241-90, ad opera della legge n. 15 /2005.

L'espressa previsione della nullità con riferimento al provvedimento, stante il rapporto di strumentalità della legge processuale rispetto al diritto sostanziale<sup>123</sup>, esprime e sancisce il relativo bisogno di tutela giurisdizionale, che trova poi ulteriore conferma nella successiva previsione di cui all'art. 31 comma 4 c.p.a.

Tuttavia, al di là di un formale riconoscimento legislativo, la sussistenza della legittimazione ad agire e dell'interesse ad essa sotteso, deve essere verificata in concreto, ovvero alla luce della capacità del provvedimento nullo di costituire fonte di pregiudizio per il soggetto che agisce in giudizio.

L'applicabilità del predetto criterio nei confronti dell'azione di nullità discende dalle affinità riscontrate con l'azione di annullamento.

La domanda di nullità del provvedimento, infatti, come opportunamente osservato in dottrina<sup>124</sup>, introduce un'azione di accertamento in parte simile all'azione costitutiva di annullamento del provvedimento.

Tale affinità consente di affermare che così come nel processo amministrativo di annullamento la legittimazione ad agire spetta a chiunque si affermi lesa dall'esercizio del potere, analogamente, l'azione di nullità provvedimentoale può essere esperita da tutti coloro che, pur essendo formalmente terzi rispetto al provvedimento medesimo, risultino tuttavia portatori di un interesse personale all'azione e alla conseguente declaratoria di nullità<sup>125 126 127</sup>.

---

<sup>123</sup> Per quanto concerne il rapporto di strumentalità della legge processuale rispetto al diritto sostanziale si veda il contributo di Abbamonte G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, I, 1988, p.7 ss.

<sup>124</sup> Così Zingales I., *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Dike ed. 2014, p. 75 ss., il quale ravvisa l'affinità tra le due azioni nella circostanza che entrambe "sono in primo luogo dirette alla verifica, con efficacia di giudicato, dell'esistenza o meno del fatto-vizio dedotto in giudizio".

<sup>125</sup> Osserva a tal proposito Sassani B., *Arbor actionum, L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p.38 ss.: "Non vi sono peraltro dubbi che all'azione di nullità siano legittimati anche i terzi danneggiati da provvedimento aventi per destinatari altri soggetti...: la cosa è quasi un corollario delle caratteristiche dell'istituto giuridico della nullità".

<sup>126</sup> Ad eccezione della nullità per violazione o elusione del giudicato, nella quale legittimati ad agire sono solo le parti del giudizio conclusosi con la pronunzia passata in giudicato. Si veda, al riguardo, Ramajoli M., *Nullità, legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>127</sup> Si veda quanto sottolineato da Ponte D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, cit. p. 177-178: "...è ben ipotizzabile una soluzione nel senso di ritenere sussistente la legittimazione ad agire avverso il provvedimento nullo in capo a coloro che lamentano la lesione della propria sfera di interessi, in specie relativamente agli effetti concreti data l'astratta improduttività di effetti giuridici propria di un atto nullo. Quindi tutti coloro che abbiano interesse all'accertamento della nullità da un punto di

La legittimazione all'esercizio dell'azione di nullità spetta quindi a chiunque vi abbia interesse, salvo, da parte del Giudice, qualificare l'interesse meritevole di tutela<sup>128</sup>.

Ora, poiché la configurabilità dell'interesse è legata alla capacità lesiva del provvedimento, ne deriva che anche la legittimazione ad agire risulterà condizionata, nella sua ampiezza, dalla specificità e consistenza del pregiudizio dedotto in giudizio.

Valutate, dunque, le possibili forme di lesione derivanti da un provvedimento nullo, alcune delle quali, come si è visto, del tutto svincolate dalla materiale esecuzione del provvedimento ad opera della pubblica amministrazione, tre risultano essere le categorie di soggetti legittimati ad esperire l'azione di nullità: 1) i destinatari di un provvedimento di diniego nullo, titolari di interessi pretensivi; 2) i controinteressati rispetto ad un provvedimento ampliativo nullo, portatori di un interesse oppositivo; 3) qualunque terzo che sia comunque in grado di dimostrare la titolarità di uno specifico e differenziato diritto all'azione<sup>129</sup>.

Al di là del tenore letterale dell'art. 31 comma 4, che attraverso il riferimento alla sola "parte resistente" pare ingiustificatamente circoscrivere l'area dei soggetti legittimati a far valere la nullità, è ragionevole ritenere che la possibilità di opporre la nullità dell'atto debba essere dunque riconosciuta anche ad eventuali controinteressati<sup>130</sup>,

---

*vista pratico, al fine di evitare conseguenze attuali o potenziali, sono legittimati ad agire davanti alla giurisdizione competente, sia che si tratti dei destinatari del provvedimento, sia che si tratti di terzi titolari di interessi individuali o collettivi". "Chi è legittimato ad impugnare in termini di illegittimità- annullabilità un provvedimento, a maggior ragione dovrà considerarsi legittimato a contestare il medesimo atto sotto i diversi e più gravi profili di invalidità qualificabili in termini di nullità".*

<sup>128</sup> Per la legittimazione assoluta all'esercizio dell'azione di nullità si veda, in giurisprudenza, Tar Puglia, Bari, Sez. I, 29 aprile 2008, n. 1043. In Dottrina, C.E. Gallo, *La nullità del provvedimento amministrativo*, nonché Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, 2014, pag. 207, il quale, a proposito della necessità di "qualificare" l'interesse del soggetto che agisce mediante azione di nullità, onde verificare se esso sia o meno meritevole di tutela, osserva che la predetta qualificazione è "operazione che il Giudice amministrativo compie normalmente, anche rispetto ad un atto che si presenti affetto dal vizio di annullabilità".

<sup>129</sup> Con riferimento all'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo si veda Carbone A. - Pignatiello F., *Le azioni di cognizione*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, I, Milano, 2013, pag. 209 ss.

<sup>130</sup> Si richiama, al riguardo, un autorevole contributo dottrinale (F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Ed. Giappichelli 2014, pag. 204 s.) il quale, ravvisando nella disciplina del termine una chiara "violazione del principio del contraddittorio ed un'ulteriore sperequazione tra il ricorrente e le altre parti del processo in danno del primo", ha sostenuto che "il controinteressato(...), malgrado il silenzio della legge, (...)potrebbe sempre opporre la nullità", evenienza, questa, difficilmente immaginabile per

salvo tuttavia interrogarsi in ordine al termine entro il quale è dato agli stessi opporre la predetta questione. Al riguardo, si condivide l'impostazione suggerita da una parte della dottrina, la quale, alla stregua di *"un'interpretazione conforme ai principi costituzionali del giusto processo, riconosce al controinteressato la possibilità di eccepire la nullità entro il termine di 180 giorni dalla piena conoscenza, notifica o comunicazione dell'atto"*<sup>131</sup>.

La soluzione interpretativa proposta, in ordine all'esatta identificazione dei soggetti legittimati a proporre l'azione di nullità, evita di ricorrere all'applicazione analogica della disciplina civilistica<sup>132</sup>, salvaguardando, così, anche sul punto, l'autonomia del regime processuale del provvedimento nullo; ma nella misura in cui pone a fondamento della valutazione sull'interesse ad agire - quale interesse diretto, concreto ed attuale - gli stessi parametri di cui all'art- 1421 c.c.<sup>133</sup>, conduce ad un esito processualmente analogo, poiché analoga è la natura degli interessi ivi sottesi.

La particolare ampiezza della legittimazione ad agire, con riferimento all'azione di nullità, discende dunque dalla natura pubblicistica dell'interesse coinvolto e dalla necessità di assicurare ad esso una tutela preferenziale.

---

*l'amministrazione, che avendo dato causa alla nullità non avrebbe alcun interesse a sollevarla in giudizio". In senso analogo: Sassani B., Arbor Actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo, cit., 1384; Lopilato V., Commento all'art. 31, in Il Processo Amministrativo, a cura di Quaranta A. e Lopilato V., 321; Fracchia F., Occhiena M., Commento all'art. 31, in Codice del processo amministrativo, a cura di Garofoli R. e Ferrari G, Roma, 530; Singolare è l'impostazione di Ancora F., Il regime della nullità dell'atto amministrativo secondo il codice del processo amministrativo, in Rassegna Avvocatura dello Stato - N. 2/11 -L'autore suggerisce tre diverse soluzioni "adeguatrici" al fine di "riequilibrare quello che sembra un rapporto sbilanciato tra la parte ricorrente, che appare vincolata dal termine di 180 giorni per la proposizione della domanda di accertamento della nullità e quelle resistenti che possono, invece, far valere questa in ogni tempo, e, insieme per assicurare un significato alla rilevanza da parte del Giudice".*

<sup>131</sup> Così Scoca F.G., cit. p. 206 s, cui appartiene il virgolettato.

<sup>132</sup> Il dubbio in ordine all'esatta delimitazione dei soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di nullità è in realtà più apparente che reale. La dottrina, infatti, piuttosto che "scomodare" il dato civilistico preferisce invocare l'applicazione dei principi che regolano la legittimazione ad agire nel giudizio impugnatorio.

<sup>133</sup> Riguardo alla legittimazione ad agire nelle azioni di nullità contrattuale, si veda, tra le tante, Corte Cass, sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1903, nella quale, alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 1421 c.c., si afferma che: *"l'azione di accertamento della nullità è un'azione generale rispetto alla quale la legittimazione ad agire è riconosciuta dall'ordinamento non soltanto ai soggetti che hanno posto in essere il negozio giuridico nullo, ma anche a quei terzi estranei, che ricevendo un pregiudizio giuridicamente apprezzabile dalla permanenza dell'incertezza sull'inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti tipici, dimostrino un proprio concreto interesse ad agire"*.

Le predette considerazioni non trovano ovviamente spazio in relazione alla categoria dell'inesistenza.

Si è avuto modo di osservare che il provvedimento nullo, attraverso la sua idoneità a realizzare effetti pratici, può comunque concorrere, in via mediata, alla produzione di effetti giuridici, giustificando in tal modo la sussistenza di un interesse ad agire per la declaratoria del vizio.

Diversamente accade con riferimento ad un provvedimento inesistente. In tal caso, essendo l'atto palesemente inidoneo alla produzione di qualsivoglia effetto, e dunque giuridicamente irrilevante, nessun pregiudizio pare da esso scaturire a carico del privato, con conseguente carenza di interesse a coltivare in giudizio la rispettiva pretesa <sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Si veda la posizione assunta da D'Angelo L., *Nullità del provvedimento amministrativo, cit.*, il quale, dopo aver ricondotto ad ipotesi di inesistenza le cause di nullità per difetto assoluto di potere o per mancanza di elementi essenziali, ha affermato una carenza di interesse in capo al privato che insorga contro le stesse.



## CAPITOLO III

### **FORME DI TUTELA, GIUDIZIALI E STRAGIUDIZIALI, AVVERSO IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NULLO.**

SOMMARIO: § 1. La tutela in sede giudiziale, in particolare la tutela conseguente all'esercizio dell'azione di nullità dinanzi al Giudice amministrativo. § 2. Osservazioni in merito alla configurazione della nullità del provvedimento in termini di inerzia "effettuale". Il rapporto tra nullità e silenzio-inadempimento quale indice di rilevanza della distinzione tra inesistenza giuridica e materiale. § 3. La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo. § 4. La tutela cautelare avverso il provvedimento nullo. Rilevanza della tutela *meramente* dichiarativa ai fini della distinzione tra fattispecie nulle e inesistenti. § 5. Ricadute della distinzione tra fattispecie nulla e inesistente sul piano della tutela. § 6. Forme di tutela stragiudiziale nei confronti del provvedimento nullo. L'autotutela privata. a) *Presupposti e limiti all'esercizio del diritto di resistenza.* b) *Il diritto di resistenza avverso un provvedimento amministrativo inesistente.* § 7. Il decorso del termine per l'esercizio dell'azione di nullità. Rischi e rimedi a tutela del privato. § 8. Il potere di autotutela dell'Amministrazione nei confronti del provvedimento nullo e inesistente. § 9. La tutela in sede penale. § 10. La *relatività* del concetto di inesistenza.

#### **§ 1. La tutela in sede giudiziale, in particolare la tutela conseguente all'esercizio dell'azione di nullità dinanzi al Giudice amministrativo.**

A fronte di un provvedimento nullo sono esperibili diverse forme di tutela, che variano in relazione all'intensità della lesione sofferta e alla connessa pretesa vantata dal privato.

Dinanzi alla tipologia più semplice di pregiudizio, quella cioè conseguente alla mera adozione di un provvedimento nullo<sup>135</sup>, la prima forma di tutela che viene in rilievo è quella dichiarativa.

Siffatta tutela, garantita attraverso l'esercizio dell'azione di nullità, conduce peraltro ad un risultato che solo apparentemente soddisfa l'interesse sostanziale vulnerato dal provvedimento nullo.

---

<sup>135</sup> Ci si riferisce al pregiudizio connaturato alla mera situazione di apparenza, dovuta all'esistenza stessa del vizio di nullità, indipendentemente dalla circostanza che l'amministrazione dia o meno esecuzione al provvedimento nullo.

L'azione di nullità, e la conseguente pronuncia giurisdizionale, assolvono infatti ad una funzione di *accertamento*; mirano cioè a verificare l'esistenza del vizio dedotto<sup>136</sup> e ad accertare la "*non modificazione*", da parte del provvedimento impugnato, della situazione giuridica antecedente l'emanazione dello stesso<sup>137</sup>.

E' chiaro, quindi, che la tutela assicurata attraverso l'adozione di una pronuncia meramente dichiarativa, non sempre risulta adeguata alla consistenza del pregiudizio sofferto.

Ciò emerge con particolare evidenza qualora si verta nell'ambito degli interessi oppositivi, la cui lesione è spesso - ma non necessariamente - data dall'efficacia materiale del provvedimento, conseguente alla sua esecuzione ad opera della p.a. Ma è altrettanto percepibile in materia di interessi pretensivi, laddove il pregiudizio, conseguente alla nullità del diniego, sorge e si esaurisce con la percezione dello stesso ad opera del soggetto istante.

Difatti, una volta che il giudice abbia riconosciuto la nullità del provvedimento di diniego, eliminando così ogni incertezza in merito all'efficacia dello stesso, il privato non ottiene per ciò solo l'effettiva soddisfazione del proprio interesse.

Il conseguimento del bene della vita - salva l'ipotesi di nullità per carenza di potere - presuppone infatti un comportamento attivo dell'amministrazione, che sfoci nell'adozione del provvedimento richiesto.

Del pari, qualora il soggetto sia titolare di un interesse oppositivo e la lesione di tale interesse consegua all'esecuzione materiale del provvedimento, l'emanazione di una pronuncia meramente dichiarativa, che si limiti ad accertare l'improduttività

---

<sup>136</sup> In questo senso Veltri G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in [www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it), che osserva: " L'azione di nullità è una peculiare azione di accertamento avente ad oggetto immediato la patologia strutturale o comunque grave di un atto amministrativo e sullo sfondo, la sussistenza di un rapporto giuridico...". In giurisprudenza tra le altre cfr. *Tar Liguria-Genova, sez. II, 1 ottobre 2010, n. 8154*, in *Foro Amm., Tar, 2010, 3141*, secondo cui, in materia di nullità provvedimento, "oggetto principale dello scrutinio di legittimità è l'atto in sé, non la funzione che con esso si intende esercitare".

<sup>137</sup> Così Marra A., *Accertamento del rapporto controverso e termine di decadenza (con uno sguardo all'azione di nullità nel nuovo codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 1427, secondo cui l'oggetto del giudizio di nullità è "l'accertamento dell'inidoneità del provvedimento a produrre effetti".

originaria degli effetti dell'atto, non garantisce da sé l'eliminazione degli effetti materiali *medio tempore* prodotti dal provvedimento nullo<sup>138</sup>.

Il vincolo conformativo che scaturisce dalla pronuncia di nullità è infatti inversamente proporzionale alla gravità del vizio oggetto dell'accertamento giudiziale.

Più grave è il vizio, cioè, minore è la capacità della pronuncia giurisdizionale di conformare, in termini positivi, l'esercizio del potere amministrativo, con conseguenti ed inevitabili ricadute sul piano della tutela<sup>139</sup>.

Da qui, la necessità di arricchire la pronuncia del giudice di un contenuto ulteriore<sup>140</sup>, che vada oltre la finalità meramente dichiarativa e garantisca al soggetto leso una tutela effettiva, commisurata cioè alla natura e consistenza del pregiudizio sofferto.

Pertanto, nell'ipotesi in cui l'atto nullo incida su posizioni giuridiche soggettive di carattere oppositivo, il soggetto destinatario del provvedimento dovrà domandare al giudice l'emanazione di una sentenza che, previo accertamento del vizio, ordini alla pubblica amministrazione il concreto ripristino della situazione di fatto e di diritto antecedente l'adozione dell'atto e la conseguente rimozione degli effetti materiali eventualmente prodotti.

Viceversa, qualora venga in rilievo la lesione di un interesse pretensivo, l'effettiva tutela del bene della vita ad esso correlato, pur presupponendo comunque

---

<sup>138</sup> Per quanto non sufficiente, la declaratoria di nullità è comunque indispensabile. Essa, infatti, determina il venir meno del presupposto giuridico dell'attività compiuta dalla pubblica amministrazione e dunque la fonte generatrice dei conseguenti effetti materiali. Effetti, che una volta divenuti *sine titulo*, possono e debbono essere eliminati, spontaneamente o coattivamente.

<sup>139</sup> Osserva Cavallari C. , *La nullità del provvedimento amministrativo*, Ed. NelDiritto 2014, pag. 199, che "Il vincolo conformativo nascente dalla sentenza di nullità si presenta di minore intensità rispetto al corrispondente effetto derivabile dalla pronuncia di annullamento; ciò discende dal contenuto dell'accertamento giurisdizionale, legato alla natura delle ipotesi previste come cause di nullità, inidoneo a radicare l'enunciazione di regole suscettibili di orientare l'attività amministrativa di riedizione del potere".

<sup>140</sup> Il riferimento è all'effetto ripristinatorio e conformativo conseguenti alla sentenza del giudice amministrativo. Si richiama, a tal proposito, il pensiero di Mario Nigro , in *Giustizia Amministrativa*, p. 303 che correttamente osserva che "quelli che sono stati chiamati effetto ripristinatorio ed effetto conformativo vanno considerati prima che come effetti della sentenza - e tanto meno come effetti esterni - elementi del suo contenuto. E' la sentenza amministrativa cioè ad imporre direttamente all'amministrazione l'obbligo di compiere le necessarie ripristinazioni e di uniformare l'attività di riesercizio del potere alle regole di azione poste o confermate dalla pronuncia".

l'emanazione di una pronuncia dichiarativa<sup>141</sup>, esige altresì una nuova manifestazione di potere.

Il soggetto titolare dovrà, quindi, rivolgersi al G.A. affinché questi, accertata preliminarmente la nullità del diniego, ordini alla pubblica amministrazione di provvedere o di adottare il provvedimento ampliativo richiesto.

Con riferimento alla prima ipotesi non sussistono, a mio avviso, ragioni ostative all'emanazione di una pronuncia siffatta.

Infatti, venuta meno l'apparenza del provvedimento, conseguentemente all'accertamento del vizio insito nella pronuncia di nullità, risorge a carico della Pubblica Amministrazione l'obbligo di portare nuovamente a conclusione il procedimento amministrativo, così come previsto dall'art. 2 L. 241-90.

Il giudice, dunque, ordinando all'amministrazione resistente di *rieffondere* il proprio potere, non fa altro che dare concreta attuazione a tale obbligo, senza con ciò violare in alcun modo il principio della separazione dei poteri.

La questione relativa ai limiti all'esercizio del potere giurisdizionale e alla connessa esigenza di riservare all'amministrazione la funzione di cura dell'interesse pubblico si pone invece relativamente alla seconda ipotesi.

Preciso, però, che la suddetta questione, benché particolarmente rilevante, non presenta significative ricadute sul tema oggetto della mia ricerca.

Mi limiterò, pertanto, a segnalare un importante contributo dottrinale, che ha affrontato il problema offrendo (o quantomeno tentando di offrire) ad esso una soluzione che fosse coerente sul piano sistematico e al tempo stesso funzionale alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale.

Si è osservato infatti che il provvedimento amministrativo nullo, sul piano degli effetti<sup>142</sup>, sarebbe equiparabile al silenzio-inadempimento<sup>143</sup>. Questa dottrina, più

---

<sup>141</sup> Osserva Santangeli F., *I ricorsi avverso le decisioni di organi amministrativi e i poteri del giudice civile. Elementi comuni*, in Santangeli F. (a cura di), *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, Milano 2012, p. 64, che la pronuncia dichiarativa della nullità del provvedimento di diniego "rappresenta solo un passaggio dell'iter che può condurre al soddisfacimento dell'aspirazione del privato, soddisfacimento che postula necessariamente una nuova effusione del potere".

precisamente, sul presupposto che la nullità determina, per l'atto da essa colpito, l'incapacità originaria ed assoluta di produrre effetti giuridici, identifica la nullità del provvedimento in una forma di inerzia *c.d. effettuale*, da intendersi però non già in senso materiale bensì giuridico.

Il provvedimento, infatti, esiste nella sua apparenza concreta, ma a causa della sua incapacità di produrre effetti non è in grado di definire con certezza il regolamento di interessi nel rapporto tra amministrazione ed privato.

La configurazione della nullità provvedimentoale in termini di inerzia effettuale, porta, dunque, quale logico corollario, a qualificare il provvedimento nullo come forma di inadempimento all'obbligo di conclusione del procedimento mediante un provvedimento espresso<sup>144</sup>.

Siffatta equiparazione, stante peraltro l'omogeneità della rispettiva pretesa, consente alla citata dottrina di estendere al primo le forme di tutela previste per il secondo, con conseguente applicabilità della relativa disciplina<sup>145</sup>.

Pertanto, qualora si sia in presenza di un interesse pretensivo e la parte impugni per nullità il provvedimento di diniego, conformemente a quanto statuito dall'art. 31 comma 3 del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo potrà accertare la fondatezza della pretesa dedotta e condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> In questo senso Luciani F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino 2010, p.11, il quale riconosce l'inerzia configurata dalla nullità del provvedimento come "inerzia effettuale".

<sup>143</sup> Ancora, Luciani F., cit. p. 181, secondo cui "l'atto nullo ed inefficace equivale nella sostanza ad una non - decisione dell'amministrazione rispetto all'istanza del privato"; Ponte D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano 2007, pag. 195, il quale identifica il fondamento della riconducibilità del provvedimento nullo ad un'ipotesi di silenzio nell'incapacità del provvedimento nullo a produrre effetti giuridici; Notari V.; Vinti S. - Capotorto D., *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano 2008, pag. 141.

<sup>144</sup> Così Susca A., cit., p. 123, Ponte D., op. cit., 195, Vinti S.- Capotorto D. op. cit., 141, quest'ultimo osserva in particolare la differenza rispetto al provvedimento annullabile, costituente adempimento, seppure inesatto, all'obbligo di provvedere.

<sup>145</sup> Ci si riferisce alla disciplina prevista dall'art. 31 comma 3 del codice del processo amministrativo, che così recita: "il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

<sup>146</sup> Pari ampiezza viene altresì riconosciuta alla tutela giurisdizionale erogabile dal giudice ordinario, relativamente alle fattispecie in cui gli interessi pretensivi assumono consistenza di diritto

L'incremento di tutela così assicurato al destinatario del provvedimento nullo, opera tuttavia nel rispetto dei limiti di cui all'art. 31 comma 3 c.p.a.

La citata norma, infatti, circoscrive la valutazione del giudice ai soli casi in cui l'adozione del provvedimento richiesto non dipenda da valutazioni di carattere discrezionale o dall'esito di adempimenti istruttori di competenza dell'amministrazione<sup>147</sup>.

## **§ 2. Osservazioni in merito alla configurazione della nullità del provvedimento in termini di inerzia "effettuale". Il rapporto tra nullità e silenzio-inadempimento quale indice di rilevanza della distinzione tra inesistenza giuridica e materiale.**

La soluzione proposta, che ha una sua ragionevolezza e che è condivisibile quanto al risultato che si intende ottenere – quello cioè di incrementare la tutela offerta al destinatario del provvedimento nullo mediante estensione del potere del giudice alla verifica di fondatezza dell'istanza <sup>148</sup>- non è a mio avviso accettabile.

In primo luogo, sovrapporre l'accertamento oggetto della pronuncia dichiarativa di nullità con quello proprio della pronuncia emessa all'esito del giudizio avverso il

---

sogettivo. Così Zingales I., *cit.*, p.97, il quale, pur in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso – ad eccezione dell'ipotesi di cui all'art. 12 del D. Lgs 150-11, che attribuisce al giudice di pace il potere di statuire sull'illegittimità del silenzio dell'amministrazione sull'istanza, proveniente dal privato, di cancellazione dal registro dei protesti – opta per *"una interpretazione che garantisca, così come impone l'art. 3 della Costituzione, l'euritmia sistematica (...) in un'ottica di piena valorizzazione dei principi in materia di tutela giurisdizionale "esportabili" per analogia, dal processo amministrativo a quello civile"*.

<sup>147</sup> Circa l'essenza degli *"atti vincolati quanto all'emanazione, ma subordinati all'accertamento di determinati presupposti"* si veda Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, pag. 25, ove si legge: *"caratteristica di questi atti è che l'amministrazione è tenuta ad emanarli con la forma e il contenuto predeterminati dalla legge, purchè però risulti accertata la sussistenza dei presupposti, ai quali la legge subordina la sua emanazione"*. Ancora, Virga P., *cit.*, per quanto riguarda la nozione di discrezionalità amministrativa, dal medesimo definita quale *"facoltà di scelta fra comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato"*. In giurisprudenza, da ultimo, cfr Consiglio di Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, che osserva...*"il provvedimento amministrativo costituisce un atto di scelta del modo di curare interessi pubblici (se discrezionale), ovvero di esercizio del potere predefinito nel fine dalla norma, in coerenza con la riconduzione del caso concreto al tipo normativo (se vincolato)..."*.

<sup>148</sup> In tal senso Notari V., *Nullità del provvedimento in La nuova disciplina dell'azione amministrativa* a cura di R. Tomei, pag. 616, Padova 2005, il quale invocando l'applicabilità del rimedio avverso il silenzio, evidenzia un ampliamento della tutela a favore del destinatario del provvedimento nullo, in termini sia di contenuto della tutela assicurata sotto il profilo sostanziale, sia di accelerazione del rito sotto il profilo processuale.

silenzio cozza con il dato positivo. Il legislatore, infatti, al di là della comune natura dichiarativa delle rispettive pronunce e della parziale coincidenza dei relativi effetti, ha inteso valorizzare la diversità ontologica tra i due istituti, assegnando a ciascuno di essi una disciplina *ad hoc*.

E infatti, la diversità nei presupposti non sempre permette di estendere al provvedimento nullo la stessa valutazione prevista per i casi di inerzia della p.a.

Sul punto, si condivide, almeno in parte, quanto affermato da autorevole dottrina, secondo cui le ipotesi costituenti causa del vizio di nullità, rendono assai oneroso l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio<sup>149</sup>.

L'adesione all'uno o all'altro orientamento incide, seppure in via riflessa, sul tema oggetto della mia ricerca.

Escludere la completa sovrapponibilità tra i due istituti porta infatti a valorizzare la distinzione tra ciò che esiste materialmente, ma è giuridicamente improduttivo di effetti (nullità) e ciò che invece non esiste nella realtà fenomenica, ma esiste nella realtà giuridica ed è pertanto rilevante per il diritto (silenzio - inadempimento)<sup>150</sup>.

Non solo. Dà conto altresì dell'importanza che assume, nell'ambito del diritto amministrativo, la distinzione, anche concettuale, tra inesistenza materiale e

---

<sup>149</sup> Così Caponigro R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 5 ottobre 2012, 27 s.: l'Autore, in relazione al mancato riferimento dell'azione di nullità all'interno del nuovo art. 34 c.p.a., nega che l'azione di adempimento sia proponibile congiuntamente all'azione di nullità, osservando che "la scelta legislativa può ritenersi coerente con il disposto di cui all'art. 21 septies l. 241/90 (...). La nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato è dichiarata dal giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114 comma 4, c.p.a. Il quale esercita giurisdizione estesa al merito, mentre se il provvedimento manca degli elementi essenziali o è viziato dal difetto assoluto di attribuzione è ben difficile che possa essere accertata la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio".

<sup>150</sup> Al riguardo si veda quanto correttamente osservato da Caranta R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, secondo cui la necessità di tenere distinta l'inesistenza giuridica rispetto a quella materiale "discende dall'autonomia stessa del discorso giuridico, il quale si caratterizza per avere come suo referente unico ed esclusivo il dato giuridico, con la conseguenza che il dato materiale, naturalistico esula dal campo di interesse del giurista".

giuridica, di cui la fattispecie del silenzio - inadempimento costituisce un esempio emblematico<sup>151</sup>.

La tesi in rassegna, fondata su una presunta identità di effetti tra provvedimento nullo e silenzio-inadempimento, evidenzia, inoltre, le sue criticità nel momento in cui si passa ad esaminare il meccanismo attraverso il quale la questione di nullità verrebbe introdotta all'interno del giudizio sul silenzio.

A fronte di un provvedimento nullo, infatti, l'operatività del rimedio di cui all'art. 31 comma 3 viene assicurata attraverso l'accertamento, in via incidentale, del vizio di nullità, che diviene così presupposto per l'applicazione della disciplina in esso prevista.

Nel giudizio avverso il silenzio, poi, la specificità della pretesa - data dalla natura necessariamente pretensiva dell'interesse ivi dedotto - esclude l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 31 comma 3 alle ipotesi in cui la situazione giuridica sostanziale incisa dal provvedimento nullo abbia natura oppositiva.

Pertanto, pure aderendo alla suddetta tesi, è innegabile che la finalità di protezione che essa mira a perseguire, risulta di fatto vanificata dalla limitata applicabilità del rimedio avverso il silenzio alle sole situazioni di natura pretensiva.

Il *deficit* di tutela, con riferimento agli interessi oppositivi, potrebbe però essere colmato - come già osservato - attribuendo all'azione declaratoria di nullità, e alla conseguente pronuncia giudiziale, un contenuto più ampio, che vada oltre il mero accertamento dell'esistenza del vizio.

Una siffatta interpretazione trova peraltro conferma nelle norme di diritto positivo.

---

<sup>151</sup> A conferma della distinzione sussistente tra inesistenza giuridica e materiale, generalmente riconosciuta in dottrina ( non invece dalla dottrina più recente, Vedi Filanti G., De Giovanni in *La nullità* pag. 68 ss Ascarelli in *Inesistenza e nullità* in Riv. Dir. Proc. 1956, 61 ss e in problemi giuridici, t. I, Milano, 1959, 225 ss) del tutto opportuno è il richiamo operato da Caranta R., cit., alla figura del silenzio serbato dalla P.A. sulle istanze del privato, figura che sul piano materiale corrisponde al nulla, eppure sotto il profilo giuridico assume il significato e rilevanza diversi a seconda della qualificazione desumibile dal sistema normativo: di semplice inadempimento, di rifiuto di un provvedimento favorevole o ancora di accoglimento dell'istanza.



L'art. 34 c.p.a., infatti, nel disciplinare le sentenze di merito - quelle cioè che statuiscano sopra la fondatezza del ricorso - prevede che il giudice amministrativo, in caso di accoglimento del ricorso, possa altresì *condannare l'amministrazione resistente all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio...*".

Non si comprende, quindi, per quale ragione debba essere "esportata" nel giudizio avverso il silenzio una tutela che, attraverso una siffatta pronuncia, potrebbe essere adeguatamente garantita anche all'interno del giudizio di nullità.

Ritengo dunque preferibile una lettura che riconosca alla pronuncia declaratoria della nullità una più ampia *vis* espansiva, commisurata alla specificità della pretesa sostanziale dedotta in giudizio nonché alla tipologia ed entità del pregiudizio sofferto.

Dinanzi ad un interesse di tipo *pretensivo*, quindi, la necessità di garantire ad esso una tutela "effettiva" - e adeguata, al tempo stesso - potrebbe essere soddisfatta valorizzando al massimo la portata applicativa della previsione di cui all'art. 34 comma 1 *lett. c)* c.p.a.

L'esercizio delle azioni in esso previste, in considerazione anche della atipicità delle relative pronunce, consentirebbe, infatti, di preservare l'autonomia dell'istituto della nullità, evitando, nel contempo, inutili sovrapposizioni rispetto a categorie ed istituti - quali, appunto, il silenzio-inadempimento - caratterizzati da un'affinità solo apparente.

L'art. 34 c.p.a., così come modificato dal D. lgs 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo correttivo<sup>152</sup>), dispone, in particolare, che "*l'azione di condanna al rilascio di un*

---

<sup>152</sup> L'intervento normativo realizzato con il D. lgs n. 160 /2012 ha risolto in via definitiva la questione, precedentemente dibattuta, circa l'ammissibilità dell'azione di adempimento (si veda al riguardo De Nictolis R., Il secondo correttivo del Codice del processo amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 10 s). La giurisprudenza amministrativa si era mostrata infatti divisa sul punto. L'orientamento favorevole alla proponibilità dell'azione dinanzi al G.A., fondato sul combinato disposto degli art. 30 comma 1 c.p.a. - relativo all'azione di condanna - e 34 comma 1 - nella parte in cui prevede la possibilità per il giudice di disporre le misure idonee all'attuazione del giudicato - ( in tal senso Tar Lombardia Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428) ha incontrato le resistenze di una parte della giurisprudenza, volta a negare che l'art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a. potesse assurgere a clausola generale sulla cui base riconoscere l'ammissibilità dell'azione di adempimento,

*provvedimento richiesto è esercitata nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio*" (art. 34 comma 1 lett. c)<sup>153</sup>). La tutela così garantita si rivela particolarmente incisiva, ma trova un limite insuperabile nell'esigenza di assicurare il principio di intangibilità del potere discrezionale.

Ragion per cui l'art. 34 comma 1 lett. c), richiamando espressamente i limiti di cui all'art. 31 comma 3, circoscrive l'esercizio dell'azione in esso prevista all'ipotesi in cui il provvedimento viziato da nullità costituisca manifestazione di un potere di natura vincolata, ovvero qualora risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori di competenza dell'Amministrazione.

Permane, peraltro, il dubbio circa il significato da attribuire all'omessa indicazione, tra le azioni "presupposte"<sup>154</sup>, dell'azione di nullità.

Sul punto, sono emersi in dottrina orientamenti contrastanti. Alcuni, sulla base della identità di *ratio*, hanno ammesso un'interpretazione estensiva della previsione in esame, così da ricomprendere, tra le azioni presupposte, anche quella di nullità<sup>155</sup>.

Altri, invece, valorizzando il dato letterale, hanno optato per una ricostruzione coerente con la disciplina sostanziale di cui all'art. 21 *septies*.

All'interno di questo orientamento, si è sostenuto, in particolare, che il vizio di nullità renderebbe assai onerosa, se non addirittura impossibile, per il Giudice amministrativo, una valutazione che consenta al medesimo di verificare la

---

che viceversa era stata espunta dal testo finale del Codice (così Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858).

<sup>153</sup> Su quest'ultima e nuova disposizione si veda, per tutti, Carbone A. – Pignatiello F., *Le azioni di cognizione*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, I, Milano, 2013, 150 ss.

<sup>154</sup> L'espressione è di Carbone A., *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul D. Lgs 14 settembre 2012 n. 160 (c.d. Secondo correttivo)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 21 settembre 2012, 3. L'autore osserva che l'azione di adempimento si configura come "azione a struttura complessa", in quanto costituita da un'azione presupposta (l'azione di annullamento o quella avverso il silenzio) e da un'azione di condanna in senso stretto.

<sup>155</sup> In questo senso Carbone A., *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul D. Lgs 14 settembre 2012 n. 160*, cit, p. 3, il quale osserva che "la mancata inclusione dell'azione di nullità "non pare invero trovare una reale giustificazione, anche in ragione del fatto che...l'azione di nullità è stata concepita nel codice come una sorta di annullabilità forte e risponde quindi, nella relazione con l'condanna all'adempimento, alle stesse logiche dell'annullamento (entrambe hanno infatti lo scopo di eliminare il diniego invalido)".

fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, come peraltro è richiesto a seguito del rinvio contenuto nell'art. 34 comma 1 lett. c)<sup>156</sup> alla previsione di cui all'art. 31 comma 3 c.p.a.

Questa lettura, per quanto fondata sul tenore letterale della norma, non è a mio avviso accettabile.

L'accoglimento, senza riserve, della suddetta tesi, conduce infatti al risultato - aberrante, sotto il profilo della tutela - secondo cui la protezione offerta al destinatario del provvedimento nullo, risulterebbe dotata di una minore effettività rispetto a quella garantita dall'azione di annullamento, il cui esercizio, congiuntamente all'azione di adempimento, è invece espressamente riconosciuto dall'art. 34 comma 1 lett. c).

Questa considerazione porta dunque a prediligere una soluzione intermedia, la quale - lungi dal negare *in toto* l'applicabilità del suddetto rimedio - impone piuttosto di verificare in concreto se il vizio specificamente dedotto sia tale da precludere o meno un accertamento giudiziale esteso alla verifica della fondatezza della pretesa, così come previsto dall'art. 31 comma 3 c.p.a.

Difatti, nell'attuale contesto normativo, all'interno del quale effettività e pienezza della tutela assurgono a rango di diritti fondamentali, non è certo la pretesa a doversi adeguare al processo, ma è semmai il contrario. E' il processo, cioè, nel rispetto dei limiti imposti dalla natura discrezionale del potere esercitato, a doversi "adeguare" alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

Quindi, una volta che la situazione giuridica soggettiva del privato sia stata incisa dall'esercizio (o dal mancato esercizio) del potere autoritativo e non residui più, in

---

<sup>156</sup> Per la tesi contraria ad un'estensione analogica dell'art. 34 comma 1 lett. c) all'azione di nullità, si veda, in particolare, Caponigro R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 5 ottobre 2012, pag. 27 s. L'autore, nel commentare il mancato riferimento all'azione di nullità nell'ambito del nuovo testo dell'art. 34 c.p.a., esclude che l'azione di adempimento sia proponibile congiuntamente all'azione di nullità, osservando che "la scelta legislativa può ritenersi coerente con il disposto di cui all'art. 21 septies L. 241-90 (...). La nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato è dichiarata dal giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114, comma 4 c.p.a., il quale esercita giurisdizione estesa al merito, mentre se il provvedimento manca degli elementi essenziali o è viziato dal difetto assoluto di attribuzione è ben difficile che possa essere accertata la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio".

capo all'amministrazione, alcun margine di discrezionalità, essa non deve più ulteriormente piegarsi dinanzi al potere, ma deve trovare, all'interno del processo, la "sua" tutela, una tutela cioè che sia davvero commisurata alla specificità e all'intensità del pregiudizio sofferto.

In quest'ottica, dunque, poco importa che la nuova disposizione riferendosi "all'azione di annullamento del provvedimento di diniego", ometta ogni richiamo all'azione di nullità.

Non avrebbe senso infatti circoscrivere l'utilizzabilità del rimedio in esame ai soli casi di annullabilità dell'atto impugnato ed escludere dall'ambito di operatività della norma le ipotesi, ben più gravi, di nullità provvedimento.

Questa è, a mio avviso, la strada da percorrere per una corretta lettura del dato processuale e degli strumenti di tutela in esso previsti.

### **§ 3. La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo.**

Proseguendo la mia indagine secondo la prospettiva già delineata è opportuno, a questo punto, formulare alcune osservazioni in merito alla risarcibilità del danno conseguente al provvedimento nullo.

Acclarato che da esso, benché improduttivo di effetti giuridici, possono comunque scaturire effetti materiali, non è escluso, in astratto, che i predetti effetti, conseguenti appunto all'esecuzione materiale del provvedimento, possano altresì generare un danno *ingiusto*, e conseguentemente, porsi quale fonte di responsabilità a carico della pubblica amministrazione<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Si veda a tal proposito quanto osservato da Bartolini A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Ed. Giappichelli, Torino 2002, p.313, secondo il quale: "Nell'ottica del rapporto amministrativo i risultati prodotti dal provvedimento nullo possono comportare, naturalmente, dei danni. Tanto che, nell'*id quod plerumque accidit*, l'interesse del privato all'accertamento della nullità del provvedimento è meramente strumentale alla riparazione dei pregiudizi derivanti dal medesimo. All'occorrenza, l'ordinamento predispone due forme di tutela, consistenti, da un lato, nel vero e proprio risarcimento, e dall'altro, nell'azione di ingiustificato arricchimento". Si veda, inoltre, Ponte D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2007, pag. 274. L'autore osserva: "...per ciò che concerne l'ambito di risarcibilità dei danni lamentati, in caso di atto nullo sussiste in astratto la piena lesività degli effetti materiali posti in essere sulla scorta di un

Di fatto però nelle previsioni di cui agli artt. 7 e 30 c.p.a., che disciplinano l'azione di condanna al risarcimento del danno, non vi è alcun riferimento al provvedimento nullo. In particolare, l'art. 30 comma 2 - primo inciso - del codice del processo amministrativo, nel riferirsi all'*illegittimo* esercizio dell'attività amministrativa<sup>158</sup>, parrebbe quasi escludere da esso - e conseguentemente dall'area dei danni risarcibili - l'ipotesi più grave di invalidità, ovvero quella in cui il pregiudizio nasce dall'adozione di un provvedimento nullo.

Anche stavolta, una eccessiva valorizzazione del dato letterale, specie se riferita ad una singola norma codicistica, rischia di vanificare l'obiettivo avuto di mira dal legislatore, quello cioè di garantire un livello minimo di effettività della tutela giurisdizionale, a prescindere dal vizio specificamente dedotto quale causa di invalidità dell'atto inficiato.

Secondo una lettura sistematica del dato normativo, da ritenersi qui preferibile, l'art. 30 comma 2 c.p.a. va dunque interpretato in combinato disposto con il medesimo art. 30, comma 6<sup>159</sup>, e con il precedente articolo 7, commi 4 e 5<sup>160</sup>.

Le citate previsioni, infatti, nel delimitare i casi di giurisdizione - sia di legittimità che esclusiva - del Giudice amministrativo, devolvono ad essa le controversie involgenti rispettivamente interessi legittimi e diritti soggettivi, e ciò anche ai fini risarcitori, negando così ogni rilievo alla tipologia di vizio - nullità o annullabilità - dedotto in giudizio.

---

provvedimento improduttivo di effetti giuridici". Del medesimo avviso anche Caringella F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, II, ed. Giuffrè 2014.

<sup>158</sup> L'art. 30 comma 2 così recita: "Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'art. 2058 c.c., può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica".

<sup>159</sup> Così dispone la norma: "Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo".

<sup>160</sup> Questo il testo dei due commi: "Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti od omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma"; "nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi".

In altri termini, la natura del vizio che grava sul provvedimento non influisce in alcun modo sulla valutazione del pregiudizio in termini di danno *ingiusto*, così come richiesto dall'art. 2043 c.c.<sup>161</sup>.

Riconosciuta la risarcibilità del danno conseguente al provvedimento nullo<sup>162</sup>, occorre ora domandarsi quali siano le forme di risarcimento concretamente esperibili.

Al riguardo è opportuno distinguere a seconda che la posizione soggettiva incisa dal provvedimento nullo abbia carattere oppositivo ovvero pretensivo.

Nel primo caso il soggetto interessato potrebbe domandare non solo il risarcimento per equivalente del danno derivante dall'emanazione e dall'esecuzione del provvedimento nullo, ma altresì, quale risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c., "una somma di denaro corrispondente alle spese necessarie per il concreto ripristino, cui il creditore intenda provvedere da se stesso", della situazione di fatto antecedente l'emanazione del provvedimento nullo<sup>163</sup>.

Con riferimento alla seconda ipotesi, invece, ove la lesione è data dalla mancata o ritardata attribuzione del bene della vita correlato alla pretesa dedotta, ovvero dall'illegittimo diniego dello stesso, l'unica forma di risarcimento esperibile è quella per equivalente.

In tal caso, infatti, il pregiudizio sofferto è tale per cui un eventuale risarcimento in forma specifica – seppure astrattamente riconosciuto – non sarebbe comunque in grado di assicurarne l'effettivo ristoro<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> L'inquadramento della responsabilità in capo all'Amministrazione per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa nell'ambito della responsabilità civile ex art. 2043 c.c. risale alla nota pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500, in cui si ammette la risarcibilità dell'interesse legittimo, in forma sia oppositiva che pretensiva.

<sup>162</sup> L'esperibilità di un'azione risarcitoria in caso di adozione di atto nullo è riconosciuta da Sassani B., *Arbor Actionum, l'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, cit. 13-14 e 16. In merito all'idoneità del provvedimento nullo a provocare una lesione della sfera giuridica privata, suscettibile di riparazione mediante il risarcimento del danno si veda anche Ponte D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, 2007, p.274: "(...) in caso di atto nullo sussiste in astratto la piena lesività degli effetti materiali posti in essere sulla scorta di un provvedimento improduttivo di effetti giuridici".

<sup>163</sup> Il virgolettato appartiene a Thiene A., sub articolo 2058 c.c., in Cian G. - Trabucchi A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2011, 2231.

<sup>164</sup> Così Consiglio di Stato, sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622), che afferma: "In presenza di interessi pretensivi non è possibile pensare ad una reintegrazione in forma specifica perché il silenzio, il ritardo o

Detto ciò in merito alla risarcibilità del danno da provvedimento nullo e alle diverse forme di tutela esperibili a fronte dello stesso, un'ulteriore questione, cui è opportuno far cenno, è quella relativa alla possibilità o meno di esperire l'azione risarcitoria anche in via autonoma, analogamente a quanto previsto dall'art. 30 c.p.a.

Il codice, infatti, ponendo fine alla disputa giurisprudenziale in ordine alla necessaria pregiudizialità dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo al risarcimento del danno<sup>165</sup>, ha previsto la possibilità di proporre una azione di risarcimento autonoma, sia nei casi di giurisdizione esclusiva, sia nei casi di giurisdizione di legittimità, purché, in tale ultima ipotesi, la proposizione della domanda avvenga entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo (art. 30 comma 3 c.p.a.).

L'esclusivo riferimento, contenuto nell'art. 30 comma 3, alla natura della posizione giuridica soggettiva oggetto della pretesa risarcitoria, indipendentemente dal vizio (nullità o annullabilità) che ne costituisce la causa, porta a ritenere che, anche in presenza di un provvedimento nullo, la risarcibilità dei danni ad esso conseguenti sarà soggetta alla medesima disciplina, prevista nel predetto comma 3 dell'art. 30<sup>166</sup>.

Due, ora, le questioni interpretative residue. La prima, è relativa all'utilità che effettivamente possa discendere da un esercizio autonomo dell'azione risarcitoria rispetto al previo esperimento dell'azione di nullità.

Difatti, il termine cui l'art. 31 comma 4 subordina l'esercizio dell'azione di nullità (centottanta giorni) è ben più ampio rispetto a quello previsto dall'art. 30 comma 3 c.p.a., cui eventualmente sarebbe sottoposta l'azione risarcitoria, qualora esercitata autonomamente.

---

*l'illegittimo diniego incidono sempre su una situazione che era e rimane insoddisfatta, per cui non vi è nulla che possa essere reintegrato".*

<sup>165</sup> L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 23 marzo 2011, n. 3 ha infatti negato la necessità della c.d. *pregiudiziale amministrativa*, affermando, quantomeno sul piano processuale, l'autonomia della domanda risarcitoria rispetto al rimedio impugnatorio.

<sup>166</sup> Il che comporta, sotto il profilo temporale, la sottoposizione dell'azione risarcitoria al termine decadenziale di 120 giorni, decorrenti dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo (art. 30 comma 3 c. p.a.).

Al riguardo può però osservarsi che il sacrificio apparentemente imposto al privato verrebbe compensato dalla possibilità, riconosciuta dal legislatore, di concentrare dinanzi al medesimo giudice tutte le forme di tutela ( di accertamento e risarcitoria) invocabili in presenza di un provvedimento nullo<sup>167</sup>.

L'opportunità di contestualizzare l'esercizio delle due azioni, e di concentrare quindi le relative forme di tutela, si evince, in particolare, esaminando i caratteri propri del giudizio risarcitorio.

Il giudizio volto all'accertamento della responsabilità a carico della P.A. e al conseguente obbligo risarcitorio, si scinde infatti, cronologicamente, in due fasi: l'una diretta a verificare l'illegittimità in senso *lato* del provvedimento<sup>168</sup>, l'altra volta invece a rilevare, sulla base di una valutazione prognostica circa la spettanza del bene della vita<sup>169</sup>, l'incidenza causale dello specifico vizio in relazione al pregiudizio dedotto<sup>170</sup>.

La concentrazione della tutela, piuttosto che suggerita, risulta imposta dalla struttura stessa del giudizio. Ne deriva, quindi, che se l'accertamento del vizio di nullità, costituente presupposto della responsabilità ex art. 2043 c.c.<sup>171</sup>, risulta inglobato nel

---

<sup>167</sup> Questa considerazione, che si trae, in particolar modo, dal combinato disposto degli articoli 7, commi 4 e 5, e 30 comma 6 C.p.a. trova altresì riscontro nella lettera dell'art. 7 comma 7 c. p. a., che recita: *"il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi"*.

<sup>168</sup> L' illegittimità cioè comprensiva sia dell'annullabilità che della nullità. La stessa giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi in merito ai rapporti tra annullabilità e nullità, ha definito quest'ultima come *"illegittimità c.d. forte"*.

<sup>169</sup> Il giudizio prognostico è un giudizio ipotetico volto a stabilire se il contenuto del provvedimento sarebbe stato diverso (in senso favorevole all'interessato) qualora l'Amministrazione avesse agito secondo diritto. Il giudizio verte, dunque, sull'efficienza causale dello specifico vizio in relazione al pregiudizio lamentato. In quest'ottica il criterio enunciato dalle SS.UU. della Cassazione, nella nota pronuncia 500/99, si presenta come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità. Per un'accurata valutazione dell'accertamento prognostico quale elemento innovativo del modello di responsabilità dell'Amministrazione vedi Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice Amministrativo*, II, p.268 ss

<sup>170</sup> Si tratta di fasi distinte cronologicamente, ma tra loro funzionalmente connesse, costituendo l'esito della prima (accertamento del vizio di nullità) il presupposto logico della seconda (verifica del rapporto di causalità tra il vizio dedotto e il danno lamentato) .

<sup>171</sup> Si tratta, peraltro, di un presupposto necessario, ma non ancora sufficiente ai fini di una pronuncia di responsabilità a carico della P.A. Concluso tale accertamento, verificata cioè la nullità del provvedimento, occorrerà poi verificare che per effetto dell'attività illegittima e colpevole della P.A. risulti lesa l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che tale interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.



giudizio risarcitorio, il privato potrà, esercitando una sola azione, conseguire la più ampia forma di tutela.

Detto ciò, è ora opportuno affrontare un'altra questione, quella cioè relativa all'incidenza del vizio di nullità sulla valutazione prognostica circa la spettanza del bene della vita. La risposta non è a mio avviso univoca, ma muta a seconda del vizio specificamente dedotto quale causa di nullità.

Si tratterà, quindi, di verificare, nel singolo caso concreto, se il vizio inficiante il provvedimento sia tale, per natura e gravità, da precludere al Giudice amministrativo di estendere il proprio giudizio alla valutazione della fondatezza dell'istanza, e verificare, dunque, in via ipotetica, la spettanza o meno del bene della vita lesa per effetto del provvedimento nullo.

La suddetta valutazione sarà comunque circoscritta entro gli stretti limiti sanciti dall'art. 31 comma 3, a garanzia della intangibilità del potere discrezionale della P.A.

In sintesi, il privato potrà domandare al giudice amministrativo la sola tutela dichiarativa, ovvero, contestualmente, la tutela risarcitoria completa.

Non è detto però, così come accade con riferimento all'azione di annullamento, che il privato abbia interesse a conseguire una pronuncia di accertamento della nullità.

In tal caso, potrà altresì chiedere al G.A. la sola tutela risarcitoria, salvo, tuttavia, vedere ridotta, nel *quantum*, la propria pretesa, con riferimento ai danni che il medesimo avrebbe potuto evitare con l'uso dell'ordinaria diligenza.

A ben vedere, le ipotesi in cui la tutela risarcitoria è del tutto svincolata da quella dichiarativa sono piuttosto circoscritte. Al di là dei casi già visti, nei quali l'inadeguatezza della tutela dichiarativa è chiaramente rapportata alla consistenza della pretesa dedotta<sup>172</sup>, può accadere che durante la pendenza del termine per l'esercizio dell'azione di nullità, sia l'Amministrazione stessa, nell'esercizio del suo potere di autotutela, a rimuovere il provvedimento viziato, assicurando così

---

<sup>172</sup> Nel senso che, in presenza di interessi aventi una certa consistenza, il preventivo esercizio dell'azione di nullità e il conseguente accertamento giurisdizionale, non sono da soli sufficienti ad eliminare i pregiudizi derivanti dal provvedimento nullo.

spontaneamente al privato lo stesso risultato che normalmente si attende da una pronuncia dichiarativa di nullità<sup>173</sup>.

A questo punto, un' eventuale azione risarcitoria sarà rivolta unicamente a conseguire il ristoro dei pregiudizi eventualmente ancora esistenti.

Di qui la considerazione, sopraccennata, per cui i casi di esercizio autonomo dell'azione risarcitoria si presentano estremamente limitati, circoscritti alle sole ipotesi in cui, pur a fronte dell'esercizio del potere di autotutela da parte della p.a. e del conseguente venir meno dello stato di incertezza legato al provvedimento nullo, residuino ancora pregiudizi da risarcire, dati, ad esempio, dalla esecuzione materiale del provvedimento ad opera della P.A., e non ancora eliminati a seguito dell'esercizio del predetto potere.

Infine, la natura del vizio incide altresì sulla componente soggettiva dell'illecito. Il vizio di nullità cioè rafforza la presunzione di colpa in capo alla P.A.<sup>174</sup>, e conseguentemente attenua l'onere probatorio in capo al privato<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> In questo caso, l'interesse generalmente connesso all'esercizio dell'azione di nullità, verrebbe già soddisfatto dall'Amministrazione stessa, la quale, rimuovendo in via di autotutela il provvedimento, eliminerebbe in tal modo ogni incertezza legata all'esistenza dello stesso e all'eventuale prodursi di effetti materiali, conseguentemente all'attuazione del provvedimento medesimo ad opera della P.A.

<sup>174</sup> Per un esame dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di colpa e degli orientamenti in ordine alla sua conformazione si veda Trimarchi - Banfi F. , *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento* in *Diritto amministrativo*, 2008, 1, pag. 77 ss.

<sup>175</sup> In ordine all'influenza della natura del vizio di nullità sulla configurazione del vizio della colpa, si veda Maddalena M.L., *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimento: prospettive di tutela tra G.O e G.A.*, Relazione al convegno *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, Giornate di studio sulla Giustizia Amministrativa in memoria di Eugenio Cannada - Bartoli, Siena, Certosa di Pontignano, 22-23 giugno 2007, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pag. 23, per cui l'emanazione di un provvedimento nullo integra una presunzione di colpevolezza difficile da superare in considerazione della gravità della violazione realizzata dall'Amministrazione. In merito all'orientamento interpretativo in materia di colpa sensibile all'influenza comunitaria, vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, ove si evidenzia la significativa convergenza degli approdi interpretativi in tema di responsabilità nell'ambito della giurisprudenza nazionale e della giurisprudenza europea: in particolare, si osserva che i concetti enunciati dalla Corte di giustizia in tema di "*violazione grave e manifesta*" da parte dello Stato membro si pongono in linea con i parametri elaborati dalla giurisprudenza nazionale per la definizione dei contorni della colpa riferibile alla P.A. La citata pronuncia, inoltre, ripercorrendo le tappe del dibattito maturato in ambito nazionale, circa la definizione degli elementi costitutivi della responsabilità dell'Amministrazione da lesione di interessi legittimi, con specifico all'elemento soggettivo, evidenzia l'approdo interpretativo rappresentato dall'opzione finalizzata "*ad un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente sul privato in forza del quale (...) una volta accertata l'illegittimità dell'azione della p.a., è a quest'ultima che spetta provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi dell'errore scusabile*".

Per completezza, sarebbe ora opportuno domandarsi se ed in quali termini, possa trovare applicazione l'ulteriore disposto dell'art. 30 comma 3<sup>176</sup>, e quindi se il privato, che abbia agito mediante esercizio autonomo dell'azione di risarcimento possa vedersi davvero ridotta nel *quantum* la propria pretesa, con riferimento ai danni che lo stesso avrebbe potuto evitare attraverso un tempestivo esercizio dell'azione di nullità ovvero mediante attivazione di eventuali altri rimedi a sua tutela.

La predetta questione, per esigenze di organicità, verrà affrontata nel proseguo del presente lavoro, contestualmente all'analisi dei vari strumenti di reazione e di tutela esperibili avverso il provvedimento nullo.

#### **§ 4. La tutela cautelare avverso il provvedimento nullo. Rilevanza della tutela meramente dichiarativa ai fini della distinzione tra fattispecie nulle e inesistenti.**

La tradizionale conformazione della tutela cautelare, incentrata sulla sola sospensione degli effetti degli atti impugnati, poneva il dubbio circa l'estensibilità di una siffatta forma di tutela nei confronti del provvedimento nullo.

Con l'evolversi del giudizio di merito, ed in particolare, con l'accrescersi dei poteri, sia istruttori che decisori, del giudice amministrativo, anche il procedimento cautelare dovette progressivamente adattarsi alle sopravvenute esigenze di tutela.

---

<sup>176</sup> La seconda parte del comma III dell'art. 30 c.p.a. così recita: " *Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*". E' evidente il richiamo implicito all'art. 1227 c.c. (Concorso del fatto colposo del creditore), che sarà poi riproposto - questa volta *clari verbi* - nel successivo art. 124 (tutela in forma specifica e per equivalente) che, al comma 2 prevede che in sede di liquidazione del risarcimento del danno il giudice valuta, ai sensi del cit. 1227 c.c., la condotta processuale del ricorrente che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto o non si è dichiarata disponibile a subentrare nel contratto (comma 3). E' questa una statuizione molto importante del Codice, poiché risolve in maniera definitiva la questione della pregiudiziale, adottando una soluzione di compromesso che vede da un lato il riconoscimento dell'autonoma esperibilità dell'azione risarcitoria senza la previa azione di annullamento dell'atto dal quale l'asserito danno deriva, dall'altro la sottoposizione dell'azione stessa al termine decadenziale di centoventigiorni (coincidente con il termine per proporre ricorso straordinario al Capo dello Stato), con la valutazione, in sede di liquidazione, del comportamento processuale del ricorrente (In questo senso Giulia Ferrari, in *Il nuovo codice del Processo amministrativo, commento analitico al d.lgs 2 luglio 2010 n. 104*, Ed. NelDiritto 2010, pag. 108.

Le modifiche recentemente apportate al procedimento cautelare, peraltro già avviate con la L. 205/00 e poi riproposte, in maniera più incisiva, nel titolo II del libro II del nuovo Codice del Processo Amministrativo, (art. 55-62), inducono a ritenere del tutto superata la predetta questione interpretativa e ad affermare la piena compatibilità della tutela cautelare con il regime proprio del provvedimento nullo<sup>177</sup>.

Stante l'atipicità della misura cautelare, e la necessaria strumentalità rispetto alla decisione sul ricorso, l'individuazione dello specifico provvedimento adottabile, così come la determinazione del contenuto dello stesso, sarà strettamente connessa all'ampiezza dei poteri decisorii riconosciuti al giudice amministrativo.

Pertanto, posto che l'art. 34 comma 1 lett. c) cpa attribuisce allo stesso di adottare qualsivoglia sentenza, anche dichiarativa, che sia funzionale alla piena ed effettiva soddisfazione della situazione dedotta in giudizio, nulla impedisce all'interessato di invocare una tutela cautelare che si estrinsechi attraverso l'emanazione di misure aventi anch'esse contenuto dichiarativo e rivolte ad assicurare interinalmente gli effetti - pure essi dichiarativi - della decisione sul ricorso.

Ora, è pur vero che la certezza circa l'assetto di interessi dedotto in giudizio è un risultato conseguibile, in via definitiva, solo a seguito della formazione del giudicato sostanziale. Ma è altrettanto vero che spesso, anche una certezza per così dire "attenuata", seppure temporalmente circoscritta, può rivelarsi soddisfattiva dell'interesse azionato, e ciò sotto vari profili.

Si pensi, innanzitutto, al vantaggio che potrebbe derivarne per il privato, intenzionato a domandare il risarcimento dei danni.

Si ritiene, infatti, che la proposizione di una domanda cautelare, ancorché rivolta a conseguire una pronuncia meramente dichiarativa, integri un comportamento improntato all'ordinaria diligenza ed in quanto tale rilevante ai fini e per gli effetti di cui all'art. 30 comma 3 c.p.a.

---

<sup>177</sup> V. Caringella F., *Corso di Diritto amministrativo . Profili sostanziali e processuali*, I, cit., 696, che osserva: " ...dobbiamo ammettere la possibilità per il ricorrente di chiedere in giudizio la tutela cautelare nei confronti dell'atto nullo...potendo lo stesso essere portato ad esecuzione e producendo effetti di fatto pur se non di diritto (e salva poi la responsabilità dell'amministrazione e del funzionario per l'avvenuta esecuzione dello stesso).

Ma la tutela cautelare, in relazione al provvedimento nullo, può atteggiarsi in vario modo e rilevare anche ad altri fini, strettamente connessi alla diretta attuazione dell'interesse, pretensivo o oppositivo, originariamente vantato dal titolare. Da qui la constatazione che le misure cautelari meramente dichiarative, sono spesso affiancate da altre statuizioni di carattere inibitorio o condannatorio.

Questo perché, così come la pronuncia dichiarativa di nullità può atteggiarsi in modo differente, in ragione della pretesa dedotta dal privato e della connessa esigenza di tutela, allo stesso modo, anche la corrispondente misura cautelare, può assumere un contenuto e un'ampiezza diversa, a seconda dell'effetto che la stessa mira a conseguire.

Ciò è di immediata evidenza nel caso in cui la domanda di nullità sia rivolta alla conservazione della situazione antecedente all'emanazione del provvedimento, e il privato aspiri dunque alla tutela di un proprio interesse oppositivo. L'esempio tipico è rappresentato dalla nullità di un provvedimento ablatorio, la cui lesività peraltro - a differenza di quanto accade con riferimento agli atti privatistici - non è data solo dalla apparente produzione di effetti ablatori, ma altresì dalla concreta possibilità che il medesimo possa essere portato ad esecuzione da parte della P.A.<sup>178</sup>.

In casi come questi, l'attivazione di una misura cautelare che dichiari la nullità dell'atto impugnato assolve ad una duplice funzione:

Da un lato, previene eventuali condotte dell'Amministrazione volte a dare attuazione al provvedimento nullo<sup>179</sup>.

Dall'altro lato, qualora quest'evenienza si sia già verificata, la predetta misura costituisce il presupposto per inibire la prosecuzione dell'attività già intrapresa e per ripristinare la situazione di fatto antecedente al provvedimento nullo.

---

<sup>178</sup> In tal senso, Bartolini A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli 2002, pagg. 122-123.

<sup>179</sup> Con riferimento alla funzione preventiva delle misure cautelari si veda Tommaseo F., *Provvedimenti d'urgenza*, in Enc. Dir. Giuffrè, 1988 XXXVII, 856 ss, il quale osserva che: "nella maggior parte dei casi, le misure urgenti non sono volte direttamente a dare quella verosimiglianza che interinalmente tiene luogo della certezza che scaturirà dal giudizio di merito: esse sono piuttosto strumentali alla realizzazione di una funzione preventiva, in quanto sono volte ad inibire un comportamento che l'eventuale accoglimento della domanda di mero accertamento mostrerà essere illegittimo".

Al riguardo, è stato correttamente osservato che tanto l'effetto inibitorio quanto quello ripristinatorio possono essere assicurati dall'Amministrazione non solo in esecuzione di uno specifico ordine del giudice, consequenziale alla statuizione di nullità, ma altresì a seguito dell'emanazione di una semplice misura dichiarativa della nullità, non accompagnata da alcuna statuizione di condanna, e ciò allo scopo di eliminare i pregiudizi conseguenti all'adozione del provvedimento nullo nonché di paralizzare eventuali pretese risarcitorie.

Non meno evidente è l'utilità che una siffatta misura è in grado di assicurare dinanzi ad un provvedimento lesivo di interessi pretensivi. In tale specifica ipotesi, a seguito dell'adozione di una misura che dichiara la nullità dell'atto di diniego, si risorge, nuovamente, a carico dell'Amministrazione, l'obbligo di riesercitare il potere e di definire il procedimento avviatosi con l'istanza dell'interessato<sup>180</sup>.

Detto ciò, non è naturalmente questa la sede per approfondire un tema così vasto, quale appunto si rivela essere quello della tutela cautelare.

Individuare le diverse tipologie di misure esperibili, presenta tuttavia una qualche rilevanza ai fini della presente ricerca.

Infatti, se in linea di principio la distinzione tra fattispecie nulla e inesistente è immediatamente percepibile, in taluni casi, può rendersi indispensabile verificare, nell'ambito di un giudizio introdotto ex art. 31 comma 4 c.p.a., se si tratti di nullità o piuttosto di inesistenza. Questo perché, la gravità del vizio, unita alla completa sovrapposibilità concettuale delle due categorie, non sempre consente di percepire la rilevanza giuridica dell'una rispetto alla totale irrilevanza dell'altra.

Di qui, l'opportunità, per il privato, di sollecitare ulteriori accertamenti e di attivare, nelle opportune sedi, le necessarie forme di tutela.

Sino a quel momento, ovvero sino a quando la pronuncia conclusiva del giudizio non abbia accertato l'esistenza del vizio di nullità o addirittura l'inesistenza del

---

<sup>180</sup> Obbligo che, come già osservato, può essere esplicitamente sancito in uno specifico ordine del giudice, consequenziale al provvedimento dichiarativo, di riesercitare il potere o di emanare un provvedimento avente un determinato contenuto.

provvedimento stesso, anche l'adozione di una misura cautelare dichiarativa può quindi rivelarsi utile per il privato.

La necessità di attivare siffatta forma di tutela, seppure nella sua forma minima che è quella meramente dichiarativa, sorge a dire il vero in ipotesi estremamente circoscritte, nelle quali il vizio che affligge il provvedimento è tale da renderlo completamente avulso dalla realtà giuridica e del tutto irricognoscibile, nella sua veste, da parte di chiunque.

### **§ 5. Ricadute della distinzione tra fattispecie nulla e inesistente sul piano della tutela.**

Le forme di tutela sinora esaminate, pur essendo diverse sotto il profilo degli effetti, sono tra loro avvinte da un nesso logico comune. Tutte cioè si fondano sul presupposto che il provvedimento da cui origina la pretesa, ancorché nullo, sia comunque esistente<sup>181</sup>.

Ciò è emerso con riferimento alla tutela dichiarativa, assicurata attraverso l'esercizio dell'azione di nullità disciplinata all'art. 31 comma 4 d.Lgs n. 104-2010.

Ma risulta altresì evidente in relazione alla tutela offerta dall'art. 34 comma 1 lett c) - qualora se ne ammetta l'estensione nei confronti del provvedimento nullo - , mediante l'esercizio dell'azione di adempimento. Essa presuppone, infatti, che l'assenza del provvedimento, lungi dal ricondursi alla mera inesistenza materiale dello stesso, integri un'ipotesi di silenzio-inadempimento e assuma dunque rilevanza per il diritto.

---

<sup>181</sup> Al riguardo, richiamando quanto già osservato in merito ai rapporti intercorrenti tra nullità e silenzio -inadempimento, si precisa che può trattarsi di una "esistenza" anche solo materiale, da cui comunque scaturiscano effetti o risultati rilevanti per il diritto, ovvero di una "esistenza" solo giuridica, come tipicamente accade nelle ipotesi di silenzio.

Il silenzio, quindi, così come non è a mio avviso assimilabile al provvedimento nullo - ad eccezione, secondo taluni, del limitato profilo relativo agli effetti - ancor meno risulta equiparabile al provvedimento inesistente<sup>182</sup>.

Occorre tuttavia dar conto di un orientamento di segno opposto. Una parte della dottrina <sup>183</sup>ha infatti riconosciuto al giudice ordinario la possibilità di ordinare alla pubblica amministrazione di esercitare il potere o di emanare un provvedimento dal contenuto determinato, non solo nel caso di provvedimento nullo, ma altresì nell'ipotesi in cui l'azione fosse esperita nei confronti di un atto inesistente. La citata dottrina ha però precisato che l'atto inesistente, non potendo in alcun modo essere considerato manifestazione esplicita di una scelta (sia pur viziata) dell'amministrazione, è sotto ogni profilo - dunque, non solo sotto il profilo effettuale - equiparabile al silenzio<sup>184</sup>.

Le ricadute della distinzione tra fattispecie nulla e inesistente non sono meno evidenti con riferimento alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale o aquiliana (art. 2043 c.c.) e ai conseguenti obblighi risarcitori<sup>185</sup>.

Affinché sorga responsabilità a carico dell'amministrazione il danno deve scaturire da un atto il quale, benché gravemente viziato, costituisca pur sempre esercizio di un potere autoritativo.

In assenza di un'attività da intendersi quale "attività provvedimentoale", viene meno la possibilità di configurare un danno risarcibile, o meglio, pur configurandosi, non

---

<sup>182</sup> Intendendosi per provvedimento inesistente l'atto che sia tale sotto il profilo non solo materiale, ma anche giuridico.

<sup>183</sup> Così Zingales I., *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, p. 98 ss, ed. Dike 2014.

<sup>184</sup> Dato, questo, che - sempre secondo Zingales I. - sotto altro profilo, determina l'assoluta inidoneità dell'atto inesistente ad impedire, nei casi espressamente previsti, la formazione del silenzio - diniego o del silenzio - assenso.

<sup>185</sup> In ordine all'ammissione dell'attribuzione di responsabilità dell'Amministrazione in conseguenza dell'adozione di un provvedimento nullo, si veda quanto osservato da Susca A., in *L'invalidità del provvedimento dopo le leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Milano 2005, pag. 46, ove l'autore evidenzia la differenza di regime rispetto all'ipotesi di inesistenza dell'atto amministrativo.



sarebbe comunque riconducibile all'Amministrazione<sup>186</sup>, con conseguente impossibilità di generare alcuna responsabilità a suo carico.

Può osservarsi, dunque, come l'appartenenza dell'atto alla pubblica amministrazione, quale indice di autoritatività dello stesso, rafforzi la situazione di apparenza connessa al vizio di nullità, riducendo in tal modo i margini di dubbio in ordine alla effettiva riconduzione di una fattispecie nell'ambito della nullità ovvero dell'inesistenza.

## **§ 6. Forme di tutela stragiudiziale nei confronti del provvedimento nullo. L'autotutela privata.**

### *a) Presupposti e limiti all'esercizio del diritto di resistenza.*

Speculare al potere di autotutela della P.A. è il *c.d.* diritto di resistenza, il diritto cioè riconosciuto al privato di opporsi all'esecuzione di un provvedimento nullo e agli effetti, anche riflessi, ad esso conseguenti.

L'esercizio di tale diritto, peraltro, espone il privato al rischio legato all'eventuale instaurazione di un giudizio penale, il cui esito risulterà connesso tanto all'accertamento incidentale circa la legittimità o meno del provvedimento, quanto alle modalità di attuazione della condotta costituente esercizio del diritto stesso<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> In relazione alla capacità del vizio di interrompere il nesso di immedesimazione organica tra l'autore materiale del provvedimento e l'amministrazione, si è evidenziata in dottrina l'opportunità che la relativa valutazione venga condotta caso per caso, con riferimento cioè alle singole cause di nullità previste dall'art. 21 septies. Così Cavallari C., *La nullità del provvedimento amministrativo*, ed. Nel diritto 2014, pag. 106. In merito ai rapporti tra la qualità autoritativa del provvedimento e l'imputabilità alla pubblica amministrazione si veda, in particolare, Luciani F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino 2010, 129. L'autore evidenzia la mancata coincidenza tra l'astratta riferibilità dell'atto alla sfera pubblica (indicante il carattere autoritativo del provvedimento, connesso alla sua provenienza) e l'imputabilità collegata al rapporto di immedesimazione organica tra l'agente e la persona giuridica.

<sup>187</sup> Al di là del *nomen*, che certamente evoca un comportamento passivo, di mera disobbedienza o non collaborazione rispetto al provvedimento adottato dalla P.A., il diritto di resistenza può altresì consistere in un comportamento attivo, con tutto ciò che ne deriva in termini di qualificazione del reato e della connessa responsabilità penale

Infatti, qualora il Giudice, in sede penale, dovesse accertare la legittimità del provvedimento, il privato che non abbia ottemperato allo stesso, o addirittura ne abbia ostacolato l'esecuzione<sup>188</sup>, potrà incorrere in responsabilità penale per il reato contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p. (*Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*) ovvero, nei casi più gravi, per i reati di cui agli artt. 337 c.p. (*Resistenza a un pubblico ufficiale*), 392 c.p. (*Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose*) o 393 c.p. (*Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persona*).

Viceversa, qualora il provvedimento dovesse risultare invalido, il privato andrà esente da responsabilità penale, salva, tuttavia, la possibilità di configurare a suo carico un reato diverso, qualora la minaccia o la violenza da lui poste in essere non siano effettivamente rivolte a far valere il preteso diritto o si rivelino comunque eccessive e sproporzionate rispetto ad esso<sup>189</sup>.

In merito ai caratteri del provvedimento, l'art. 650 c.p.<sup>190</sup> richiede espressamente che esso sia *"legalmente dato dall'autorità"*. Affinché il predetto requisito sia soddisfatto, il provvedimento deve essere peraltro motivato in maniera chiara, seppure succinta, nonché immune dai vizi formali e sostanziali tipici dello stesso. La norma, tuttavia, non distingue tra fattispecie nulla o annullabile.

E' ragionevole ritenere, dunque, che il diritto di resistenza del privato si atteggi in egual misura tanto rispetto ad un provvedimento illegittimo quanto, e a maggior ragione, rispetto ad un provvedimento nullo.

---

<sup>188</sup> Si veda, a tal proposito, Caringella F., Corso di diritto amministrativo tomo II, Giuffrè 2005, pag. 1748, che osserva: *"La resistenza al provvedimento amministrativo può aver luogo, in linea di massima, secondo tre diverse dinamiche: possono darsi, infatti, una resistenza passiva sul piano della disobbedienza, una resistenza passiva sul piano della non collaborazione e, infine, una resistenza attiva, cioè posta in essere mediante comportamenti positivi di contrasto"*.

<sup>189</sup> In relazione al reato di cui all'art. 393 c.p. si è precisato in giurisprudenza che, quando la minaccia sia esercitata con particolare forza intimidatoria, tale da fare escludere l'intenzione del reo di far realmente valere un diritto, la coartazione della volontà finisce con l'essere finalizzata a conseguire un profitto da ritenersi intrinsecamente ingiusto, il che rende tale condotta punibile a titolo di estorsione (Cass. 10.12.04, n. 47972). In senso analogo la medesima Corte ha precisato che, in tale delitto la minaccia e la violenza non sono fini a se stesse, ma sono strettamente connesse alla condotta dell'agente, diretta a far valere il preteso diritto, rispetto al cui conseguimento si pongono come elementi accidentali, per cui non possono mai consistere in manifestazioni sproporzionate e gratuite di violenza (Cass. 4.03.04, n. 10336).

<sup>190</sup> L'art. 650 c.p. così recita: *"Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene, è punito se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto sino a tre mesi o con l'ammenda sino a € 206"*.

Le due ipotesi risultano così pienamente equiparate, ma solo ai fini penali.

Infatti, mentre l'inosservanza di un provvedimento nullo esclude, per definizione, l'applicabilità di qualsivoglia sanzione a carico del privato<sup>191</sup>, l'inosservanza di un provvedimento annullabile, lascia ferma la possibilità che la predetta violazione, ancorché penalmente irrilevante, dia luogo ad una diversa forma di responsabilità, di natura civile o amministrativa, da far valere nelle rispettive sedi.

In ultimo, in ordine ai rapporti intercorrenti tra autotutela privata e diritto al risarcimento del danno, può essere utile domandarsi se, ed entro quali limiti, l'omesso esercizio del diritto di resistenza possa assumere rilevanza ai sensi dell'art. 30 comma 3 c.p.a., e dunque al fine di escludere o limitare nel *quantum* la pretesa risarcitoria eventualmente avanzata dal privato<sup>192</sup>.

La risposta è a mio avviso negativa. Il tenore letterale della norma, ed in particolare il richiamo espresso al concetto di "ordinaria diligenza", induce a ritenere che il privato, che intenda domandare il risarcimento dei danni, non è tenuto a fronteggiare con ogni mezzo l'azione amministrativa, ma solo attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, in quanto però non comportino per lui un sacrificio apprezzabile.

Con l'esercizio del c.d. diritto di resistenza, come si è visto, il privato assume su di sé il rischio di divenire passibile di conseguenze penali (riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 650 c.p. ovvero, nei casi più gravi, all'art. 392 c.p.), qualora, all'esito del giudizio, dovesse essere accertata, contrariamente a quanto da lui ritenuto, la legittimità dell'azione amministrativa.

Per tale ragione, è ragionevole ritenere che la scelta di avvalersi o meno del predetto diritto non costituisca in alcun modo comportamento valutabile ai fini e per gli effetti di cui all'art. 30 comma 3 c.p.a.

---

<sup>191</sup> Questo perché, il provvedimento nullo, non producendo effetti di alcun tipo, non produce nemmeno obblighi, con la conseguenza che una sanzione per l'inottemperanza non è neppure immaginabile (Così Caringella F., *cit.*)

<sup>192</sup> In merito al contenuto della previsione di cui all'art. 30 comma 3 c.p.a. si veda quanto riportato alla nota 85.

L'esercizio del diritto di resistenza è dunque totalmente rimesso alla libera iniziativa del privato, il cui prudente apprezzamento, in considerazione dei rischi ad esso connessi, dovrebbe anzi suggerire allo stesso di rinunziarvi, senza peraltro che una siffatta scelta possa assumere rilevanza alcuna in sede di quantificazione dei danni eventualmente connesso all'adozione del provvedimento (*oppure*: in ordine alla risarcibilità dei danni eventualmente connessi al provvedimento nullo).

*b) Il diritto di resistenza avverso un provvedimento amministrativo inesistente*

*Quid iuris* se all'esito dell'accertamento compiuto in sede penale il provvedimento dovesse risultare non già nullo bensì inesistente?

Al riguardo, è opportuno distinguere a seconda della fattispecie considerata.

Nella previsione di cui all'art. 650 c.p., il provvedimento amministrativo si pone quale elemento costitutivo del reato, in assenza del quale la condotta posta in essere dal privato non è in grado di integrare l'offesa al bene giuridico protetto, con conseguente impossibilità di configurare a carico dello stesso la relativa responsabilità penale. L'inesistenza del provvedimento si traduce, quindi, nella totale ed assoluta inoffensività del fatto.

Rispetto al reato di cui all'art. 392 c.p., invece, la totale assenza del provvedimento - pur conducendo ad un risultato sostanzialmente analogo - si atteggia in modo parzialmente diverso.

L'art. 392 c.p. richiede espressamente che la condotta sia rivolta all'esercizio di un preteso diritto<sup>193</sup> e che sussista la possibilità, in termini sia fattuali che giuridici, di ricorrere all'autorità giudiziaria per la tutela dello stesso.

In termini fattuali, è necessario che il soggetto agente non si trovi in una condizione tale da essere impossibilitato a fare ricorso all'autorità giudiziaria: si pensi all'ipotesi

---

<sup>193</sup> Si intende, con tale espressione, il diritto di cui il soggetto agente ritiene, seppure erroneamente, di essere titolare. Ne consegue che può trattarsi anche di un diritto soltanto supposto e non obiettivamente esistente, purché la supposizione sia suffragata da elementi di fatto che facciano apparire come verosimile l'esistenza dello stesso.

di colui che agisca in presenza di una minaccia finalizzata allo spoglio violento del suo possesso.

In termini giuridici, è necessario che il diritto preteso sia suscettibile di effettiva realizzazione giudiziale, possibilità, questa, esclusa nell'ipotesi in cui la pretesa del soggetto scaturisca da un provvedimento non già nullo bensì inesistente.

L'irrelevanza giuridica dello stesso esclude la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria e conseguentemente la configurabilità stessa del reato per difetto dell'elemento materiale. L'inesistenza del provvedimento si pone, quindi, quale elemento negativo dell'illecito.

A differenza di quanto visto con riferimento all'art. 650 c.p., però, non è esclusa la configurabilità di una fattispecie diversa, qualora ne ricorrano i presupposti.

## **§ 7. Il decorso del termine per l'esercizio dell'azione di nullità. Rischi e rimedi a tutela del privato.**

Analizzando il dato processuale contenuto nel quarto comma dell'art. 31 del codice di rito, si è visto come il legislatore, in relazione alle vicende rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, abbia subordinato l'esercizio della relativa azione al rigoroso rispetto di un termine. Termine, che alla stregua dei principi generalmente acquisiti, può ragionevolmente intendersi come perentorio.

A prescindere dalla qualificazione espressa da parte del legislatore, la natura decadenziale o meno del termine si ricava, infatti, dalle conseguenze che l'ordinamento ricollega alla sua inosservanza, ma ancor prima dalla natura degli interessi ad esso sottesi, che attraverso il rispetto del termine l'ordinamento stesso intende tutelare<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> Si veda, per la portata generale dei principi ivi statuiti, Cons. Stato, sez. V, sent. 7 ottobre 2002, n. 5275, secondo cui: "Un termine può essere qualificato perentorio non solo quando sia espressamente qualificato tale da una norma ma anche nel caso in cui la sua natura perentoria sia desumibile dalle conseguenze che la legge stabilisce per il suo superamento; la decadenza, come effetto sanzionatorio del mancato rispetto del termine, può peraltro desumersi dal contesto normativo, indipendentemente da una specifica qualificazione". Nel senso che la perentorietà del termine può essere tratta anche in assenza di esplicita comminatoria, dalla *ratio legis* e, segnatamente dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un

Il rilievo pubblicistico dell'interesse sotteso alla nullità giustifica, dunque, la natura decadenziale del termine, ma impone altresì una riflessione circa il carattere processuale o sostanziale degli effetti conseguenti alla sua eventuale inosservanza.

Ci si domanda cioè se l'inutile decorso del termine per la proposizione dell'azione di nullità abbia un rilievo solo processuale ovvero anche sostanziale, determinando, in tale ultima ipotesi, il consolidarsi degli effetti materiali eventualmente conseguenti al provvedimento nullo.

Contrariamente a quanto parrebbe suggerire il tenore letterale della norma, attraverso l'indicazione di un termine decadenziale<sup>195</sup>, l'idea di un possibile consolidamento dei suddetti effetti, quale conseguenza del mancato esercizio dell'azione, non è a mio avviso accettabile<sup>196</sup>.

Attribuire valore sostanziale alla predetta previsione, equivarrebbe a negare ogni rilievo al vizio di nullità.

L'inoppugnabilità del provvedimento, conseguente all'inutile decorso del termine, comporterebbe, infatti, non solo la "stabilizzazione" degli effetti materiali eventualmente prodotti<sup>197</sup>, ma altresì la creazione *ex novo* di effetti giuridici prima

---

adempimento in un certo arco temporale è diretto a soddisfare, Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2003, n. 5266, in Cons. Stato 2003, sez. I, 5266; V. anche Cons. Stato, sez. VI 2 marzo 2004, n. 957.

<sup>195</sup> Si veda quanto sostenuto da Sassani B., in *Riflessioni*, cit., pag. 5 ss, il quale a proposito del termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione di nullità, osserva: "(...) Allo sconcertato interprete si presenta un tipo di annullabilità rafforzata, quasi una sottospecie qualificata, con la conseguenza di conferire alla logica decadenziale dell'annullabilità il valore di principio sommerso del sistema. Ciò rende disagevole il tentativo di inquadrare le massime ripetute secondo cui la nullità, operando ipso jure ed escludendo alla radice la produzione di effetti, è insanabile e non richiede una pronuncia per operare".

<sup>196</sup> Sostiene, invece, la portata meramente processuale della norma in esame (e non degli effetti conseguenti all'inosservanza del termine) Occhiena M. - Fracchia F., cit., pag. 530. L'autore osserva: "si tratta di norma processuale, che fissa un termine la cui scadenza provoca effetti meramente processuali e in nessun modo sostanziali".

<sup>197</sup> Si veda, a tal proposito, quanto osservato da Zingales I., cit., pag. 28: "Ora, che il provvedimento nullo possa, di fatto, produrre effetti materiali costituisce, come già detto, un dato difficilmente contestabile. Ma un conto è riconoscere che la realtà fattuale possa essere temporaneamente incisa e plasmata da un provvedimento nullo; un conto è invece affermare che, in conseguenza del mancato esercizio del diritto di azione, gli effetti materiali di un provvedimento giuridicamente inefficace, quale è il provvedimento nullo, possano "stabilizzarsi" creando in settori in cui vengono in rilievo interessi pubblici una nuova irremovibile - in via giurisdizionale - e contra legem situazione di fatto. Ammettere, in tali settori popolati da interessi pubblici, la possibilità di un definitivo consolidamento delle situazioni fattuali oggetto della determinazione amministrativa inficiata da nullità si pone in contraddizione con il concetto stesso di nullità provvedimentoale, che ontologicamente implica l'imprescrittibilità della relativa azione e l'inconcepibilità di qualsivoglia forma di stabilizzazione degli effetti materiali; e ciò, tenuto conto che, come già detto, ci si trova di fronte a vizi che non permettono all'atto di

inesistenti<sup>198</sup>, con conseguente irreversibile compromissione dell'interesse pubblico tutelato.

Una soluzione ragionevole al quesito inizialmente proposto, si trae, dunque, da una lettura integrale del dato processuale, il quale, se da un lato vincola il ricorrente al rigoroso rispetto del termine, dall'altro, valorizza la natura pubblicistica dell'interesse oggetto di tutela, mediante riconoscimento, al giudice e alla parte resistente, della possibilità di far valere *sine die* l'esistenza del vizio .

La previsione del termine è riferita quindi all'"azione" e non già alla "questione" di nullità. Di qui, il rilievo meramente processuale della sua inosservanza e conseguentemente l'impossibilità che da essa possa discendere un "consolidamento" degli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento nullo.

A questo punto, appare doverosa una precisazione: il carattere processuale di cui si è detto si riferisce unicamente all'effetto conseguente all'inosservanza del termine previsto per l'esercizio dell'azione, ma non vale in alcun modo a sminuire o degradare la portata dell'intera previsione contenuta al comma 4 dell'art. 31, che mantiene comunque un indubbio valore sostanziale.

Ciò premesso in merito alla natura delle conseguenze derivanti dall'inutile decorso termine, ci si domanda, a questo punto, quali siano i rimedi che l'ordinamento offre al privato al fine di ovviare al mancato esercizio dell'azione.

Parte della dottrina<sup>199</sup>, nel tentativo di garantire un'effettiva "parità" tra le parti, suggerisce l'applicabilità dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, così come disciplinato dall'art. 37 del codice del processo<sup>200</sup>.

---

*costituire, nemmeno ad tempus, la fonte regolatrice del rapporto sostanziale - involgente, come detto, interessi di carattere pubblicistico - amministrato-amministratore".*

<sup>198</sup> In tal senso Vinti S. Capotorto D., *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano 2008, pag. 126 s., in cui si evidenzia la diversa portata del regime di decadenza nel caso di annullabilità dell'atto rispetto al ruolo che la medesima regola verrebbe ad assumere nel caso di nullità. L'autore osserva: "(...) mentre rispetto ad un atto annullabile la decadenza determina soltanto il consolidamento di effetti già prodotti (...) al cospetto di un atto nullo il decorso del termine non assumerebbe una funzione di mera stabilizzazione ma rappresenterebbe lo strumento di creazione di effetti giuridici prima inesistenti. Il che, all'evidenza implicherebbe un ripensamento della stessa teoria della nullità, in quanto si dovrebbe coerentemente concludere, portando il ragionamento alle estreme ( ma necessitate conseguenze), che l'atto nullo non sia inefficace ma solo soggetto ad un regime di efficacia differita".

La condizione di incertezza che avvolge il provvedimento nullo, dovuta in parte all'indeterminatezza del concetto di nullità, in parte alla provenienza dell'atto da un soggetto pubblico<sup>201</sup>, è tale per cui il privato è spesso indotto a confidare erroneamente circa la validità del provvedimento, ignorando l'esistenza del vizio, e conseguentemente la necessità di farlo valere entro il termine perentorio previsto dalla legge.

L'errore rappresenta, dunque, una condizione psicologica nella quale facilmente può ricadere il soggetto destinatario del provvedimento nullo<sup>202</sup>.

Siffatta condizione assume però rilevanza in presenza di determinate caratteristiche<sup>203</sup>, rigidamente scolpite all'art. 37 c.p.a.

---

<sup>199</sup> Così Ancora F., *cit.*, pag. 271, il quale propone l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile quale soluzione volta a "riequilibrare quello che sembra un rapporto sbilanciato tra la parte ricorrente, che appare vincolata dal termine di 180 giorni per la proposizione della domanda di accertamento della nullità e quelle resistenti che possono, invece, far valere questa in ogni tempo, e, insieme per assicurare un significato alla rilevanza da parte del giudice". L'autore, in particolare, giustifica l'applicabilità dell'istituto dal convergere di due elementi: "(...) il primo è costituito dal tendere del concetto di nullità verso il vuoto dell'assoluta mancanza, senza poterlo, però, raggiungere, a causa di un'insita, oggettiva difficoltà dell'intelletto umano, una volta concepito un oggetto, ad ipotizzare per esso una condizione puramente negativa (...). Questa condizione di indeterminatezza concettuale dello stato di nullità, caratterizzata dalla sua posizione intermedia tra la pienezza dell'essere e il non essere, nel caso dell'atto amministrativo si traduce e circostanzia con una forte indeterminatezza dell'efficacia di quest'ultimo per la quale esso è considerato in grado di qualificare contraddittoriamente, sia come scusabili e non sanzionabili la sua esecuzione ed attuazione, sia come lecita la sua inosservanza. Il secondo è costituito dall'intrinseco collegamento dell'errore scusabile ad una condizione di incertezza su una determinata situazione, che la legge identifica come presupposto per la tenuta di un determinato comportamento e, segnatamente, per il compimento di un determinato atto processuale". Per quanto riguarda questo secondo elemento si veda anche Gatto A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1958, 675 e ss e Montesano L., *Sulla competenza a dichiarare l'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano 1985, 359 e ss. In *Giurisprudenza*, V. Cons. Stato Sez. V, 21 settembre 2005, n. 4934 in *Cons. Stato*, 2005, I, 1576.

<sup>200</sup> Ai sensi dell'art. 37 c.p.a. "Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto". La norma ha recepito un principio pacificamente acquisito dalla giurisprudenza amministrativa e che trovava il proprio fondamento negli artt. 34 comma 1 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e 34 comma 2, L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

<sup>201</sup> La provenienza formale dell'atto da una pubblica amministrazione, quale indice di autoritatività dello stesso, costituisce infatti una circostanza che "rafforza" l'apparenza, accentuando, in tal modo, la probabilità che i soggetti incisi dal provvedimento incorrano in errore circa la validità dello stesso.

<sup>202</sup> Evenienza, questa, che può ben verificarsi anche rispetto alla pubblica amministrazione, nel caso in cui, malgrado il vizio di nullità, la stessa vi dia comunque esecuzione.

<sup>203</sup> Per la rilevanza dell'errore scusabile nell'ambito dell'ordinamento civile si veda l'art. 2036 c.c. (Indebito soggettivo), che subordina l'esercizio dell'azione di ripetizione non solo all'errore di chi esegue il pagamento, ma altresì alla circostanza che l'errore sia scusabile, non dovuto cioè alla negligenza dell'esecutore). Con riferimento all'ordinamento penale si veda, ai fini dell'esclusione della responsabilità penale, gli artt. 47, 48, 59 c.p. relativi all'errore sul fatto costituente reato (artt. 47 e 48 c.p.) e all'errore sulle circostanze (art. 59 c.p.).



La norma, infatti, subordina la concessione del beneficio alla circostanza, oggetto di accertamento in sede giurisdizionale, che l'inosservanza del termine sia stata determinata da errore scusabile, riconducibile a sua volta alla "presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto"<sup>204</sup>.

Certamente, in virtù dei predetti limiti, così come meglio individuati dalla giurisprudenza, il privato non potrà invocare l'applicabilità del rimedio allorquando la condizione di incertezza, che è causa dell'errore, appare a lui imputabile, o sia comunque riconducibile a circostanze di fatto o di diritto prive di rilevanza obiettiva, e il cui valore sia invece circoscritto alla sola sfera soggettiva del ricorrente<sup>205</sup>.

Quanto osservato, induce naturalmente a negare ogni utilità al suddetto rimedio, allorquando il provvedimento dovesse rivelarsi non già nullo bensì inesistente.

La citata disposizione, infatti, nel circoscrivere l'incertezza alle sole "questioni di diritto" porta ad escludere l'applicabilità dell'istituto alle ipotesi di inesistenza, ovvero a quelle in cui non sussistendo neppure la "parvenza" di un provvedimento, non sorge nemmeno il dubbio che un certo atto o comportamento possa assumere una qualche rilevanza per il diritto.

Quest'ultima considerazione suscita, a mio avviso, una riflessione di portata ancora più ampia, quella relativa ai limiti del potere giurisdizionale nelle ipotesi in cui, in sede di verifica dei presupposti per la concessione del beneficio, il giudice accerti che il provvedimento per la cui impugnazione viene invocato il rimedio, in realtà non è nullo, ma inesistente. Si tratta, in tal caso, di verificare se il giudice debba limitarsi a

---

<sup>204</sup> Il codice, nel recepire i principi già delineati dalla giurisprudenza amministrativa, oltre ad assegnare all'istituto una portata generale, "ha esteso altresì la possibilità della rimessione in termini alle inosservanze determinate da "gravi impedimenti di fatto", introducendo così un ulteriore margine di apprezzamento equitativo del giudice" Così Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli ed. 2013, pag. 249.

<sup>205</sup> In ordine alla portata e ai limiti all'applicabilità dell'istituto dell'errore scusabile, si veda la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 31 maggio 2002. L'Adunanza Plenaria ha infatti chiarito che l'errore scusabile deve ritenersi applicabile ad ogni tipo di possibile invalidità o irregolarità degli atti processuali; peraltro, pur essendo un istituto di generale applicazione, non può essere utilizzato per eludere il termine di decadenza per la notifica e il deposito del ricorso, ma può essere riconosciuto, con conseguente remissione in termini, solo quando "l'errore trae origine e giustificazione da incertezze e difficoltà obiettive di interpretazione della legge, dalla novità della questione ovvero dall'oscillazione della giurisprudenza (TAR Piemonte, I sez., 26 marzo 2010, n. 1600; Tar Lazio, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286; Tar Liguria, II sez., 17 dicembre 2009, n. 3789) e non già da una situazione attinente alla sola sfera personale dell'interessato" (Così anche Cons. Stato, IV sez., 15 giugno 2004, n. 3964).

rigettare l'istanza, ovvero possa estendere oltre la propria valutazione, assegnando alla propria pronuncia un contenuto più ampio rispetto all'oggetto dell'istanza. La questione meriterebbe di essere approfondita, ma non è questa la sede opportuna.

Per ciò che concerne il quesito iniziale può dunque concludersi che per quanto l'art. 37 sia una norma di "stretta interpretazione", rispetto all'azione di nullità, l'applicabilità dell'istituto della rimessione in termini andrebbe invece riconosciuta con maggiore ampiezza, e ciò in considerazione della natura stessa della nullità, che difficilmente rende percepibile da parte del privato l'esistenza del vizio.

## **§ 8. Il potere di autotutela dell'Amministrazione nei confronti del provvedimento nullo e inesistente.**

Dinanzi all'adozione di un provvedimento nullo, si prospettano al privato diverse "alternative" di tutela, alcune delle quali, come si è visto, totalmente rimesse all'iniziativa giudiziale o stragiudiziale dello stesso, altre, invece, rientranti nell'esclusiva disponibilità dell'Autorità emanante<sup>206</sup>.

Tra queste ultime vi è senz'altro l'esercizio del potere di autotutela <sup>207</sup>il quale, rispetto ad un provvedimento nullo<sup>208</sup>, si sostanzia nel riconoscimento della mancata

---

<sup>206</sup> Si è già avuto modo di analizzare, nel corso della trattazione che precede, le varie forme di tutela, giudiziale e stragiudiziale, che l'ordinamento riconosce al privato, il cui interesse (sia esso pretensivo o oppositivo) sia stato inciso per effetto dell'adozione di un provvedimento nullo. Si introduce, ora, un diverso criterio distintivo, che fa leva sul soggetto nella cui disponibilità (o iniziativa) rientra l'esperibilità delle suddette forme di tutela. Sono infatti soggette all'iniziativa del privato: a) l'esercizio dell'azione dichiarativa di nullità (ex art. 31 comma 4 c.p.a.) ed eventuali altre azioni connesse; b) il rimedio della rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.); c) il diritto c.d. di resistenza. Rientra invece nella disponibilità dell'Autorità emanante il rimedio dell'autotutela.

<sup>207</sup> Con riguardo al potere di autotutela e alle sue fondamentali partizioni si veda Benvenuti F., *Autotutela* (dir. Amm.), in Enc. Dir., IV, Milano, 1959, 537 ss.

<sup>208</sup> In realtà, a parte le interessanti notazioni storiche di Caranta R., (*L'inesistenza*, cit., 126, ove l'illustre autore ricorda, a proposito del potere di autotutela, che fino al t.u. degli enti locali del 1915 vi erano disposizioni che davano al governo del Re il potere di dichiarare la nullità...; ma con il t.u. del 1934 il potere di autotutela, seguendo i voti della prevalente dottrina, diventa invece potere di annullamento secondo l'accezione ristretta, con effetti costitutivi, sia pure ex tunc, e non meramente dichiarativi") *l'accertamento in via di autotutela della nullità provvedimento non risulta un tema particolarmente studiato dalla dottrina. (...) In tutte le trattazioni sull'autotutela l'attenzione dei commentatori appare infatti incentrata sulla sorte del provvedimento illegittimo (e inopportuno), mentre la problematica relativa a quelli nulli viene sostanzialmente trascurata o, comunque, considerata come marginale*" (così Bartolini A., *La nullità del provvedimento*, cit., cui appartiene il virgolettato).

produzione di effetti giuridici e della totale antiggiuridicità degli eventuali effetti materiali ad esso riconducibili.

Il potere di autotutela assume, dunque, una connotazione del tutto particolare. E il diverso atteggiarsi del potere è dovuto, a mio avviso, alla probabile convivenza tra l'improduttività originaria di effetti giuridici, che sempre discende da un provvedimento nullo, e la realizzazione di effetti pratici, che eventualmente potrebbero ad esso conseguire.

Questa possibile convivenza tra le due tipologie di effetti mi ha indotto, inizialmente, ad attribuire all'atto di ritiro una natura, per così dire, *mista*: dichiarativa con riferimento ai primi, costitutiva riguardo ai secondi.

Riflettendo, però, sul profilo funzionale, e più precisamente sulla diversa genesi degli effetti, riconducibili sia al provvedimento nullo sia all'atto di ritiro, sono giunta alla considerazione per cui il potere di autotutela che l'Amministrazione esercita rispetto ad un provvedimento nullo è, in realtà, un potere "essenzialmente" dichiarativo<sup>209</sup>.

L'eliminazione degli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento, infatti, non è direttamente riconducibile all'esercizio del potere di autotutela<sup>210</sup> - ragion per cui essa non è in grado di condizionarne la natura - ma è una conseguenza, logica, prima ancora che giuridica, derivante dal riconoscimento, operato dall'autorità emanante, dell'inefficacia giuridica del provvedimento.

Ciò che invece rappresenta un effetto diretto dell'atto di ritiro, e rispetto al quale emerge la natura "dichiarativa" del potere, è dato dal riconoscimento, ad opera dell'amministrazione, circa l'improduttività originaria di effetti giuridici da parte del provvedimento nullo, cui segue, in automatico, l'eliminazione di eventuali effetti

---

<sup>209</sup> E non, come da taluni definito, solo "formalmente dichiarativo" ( per questa definizione si veda quanto osservato da Caringella F., *Corso di diritto amministrativo, tomo II*, pag. 1751, ed. Giuffrè 2005).

La natura essenzialmente dichiarativa del potere di autotutela discende infatti dall'essenza e dalla gravità del vizio da cui è affetto il provvedimento di primo grado, che già di per sé costituiscono fonte di inefficacia giuridica per lo stesso, indipendentemente da qualsivoglia riconoscimento successivamente operato dall'amministrazione ovvero dal giudice, riconoscimento che assume un valore meramente ricognitivo.

<sup>210</sup> Non si tratta cioè di un effetto che direttamente consegue all'atto di ritiro, e conseguentemente non è in grado di condizionarne la natura.

materiali, apparentemente riconducibili al provvedimento e divenuti *sine titulo* a seguito del formale riconoscimento dell'inefficacia giuridica dell'atto<sup>211</sup>.

Chiarita, dunque, la natura del potere di autotutela rispetto al provvedimento nullo ed individuati, altresì, i relativi tratti di specialità, rimane ora da domandarsi quale sia il grado di soddisfacimento che il privato, inciso dal provvedimento nullo, effettivamente trae dall'esercizio di tale potere. L'autotutela, infatti, rappresenta un valido strumento compensativo nei casi di mancato esercizio dell'azione di nullità per decorso del termine perentorio. Il privato, cioè, specie se titolare di un interesse di natura oppositiva, tramite l'accertamento della nullità in via di autotutela ottiene un risultato che non avrebbe altrimenti conseguito, stante l'inutile decorso del termine previsto per l'esercizio dell'azione.

Si tratta, tuttavia, di una tutela del tutto residuale, e fortemente condizionata dalla natura dell'interesse di cui il soggetto risulta essere titolare.

Il carattere residuale della tutela emerge con particolare evidenza ove si consideri che l'operatività del suddetto rimedio, benché sollecitata dal privato, è comunque rimessa all'iniziativa e alla valutazione esclusiva dell'Amministrazione, la quale, verificata l'opportunità di procedere alla dichiarazione di nullità, riconosce spontaneamente l'inefficacia giuridica del provvedimento nullo e l'antigiuridicità degli effetti materiali ad esso eventualmente riconducibili. Questa seconda evenienza riduce ulteriormente la portata pratica del rimedio o comunque induce l'Amministrazione a differire, nel tempo, l'esercizio del potere di autotutela, onde paralizzare eventuali pretese risarcitorie aventi titolo nel provvedimento nullo.

---

<sup>211</sup> Nel dibattito dottrinale, in ordine alla natura del potere di autotutela rispetto al provvedimento nullo, si contrappongono tre orientamenti: l'uno, che sulla base dell'inefficacia giuridica del provvedimento nullo, esclude rispetto ad esso l'ammissibilità dell'esercizio del potere di autotutela, l'altro che, pur ammettendone l'esercizio, ne sottolinea la natura formalmente dichiarativa, stante l'immodificabilità, da parte dell'atto di ritiro, della situazione giuridica pregressa (Così Caringella F. , cit., pag. 1751; D'angelo, cit., Bartolini, cit., 324 s., il quale correttamente osserva che "il riesame dell'atto nullo si sostanzia nella funzione di dichiarare che i risultati non hanno assunto la veste di effetti giuridici: si tratta dunque di un riesame dichiarativo". In senso analogo anche Capozzi S., L'invalidità parziale, p. 111, nota 22, secondo il quale "la dichiarazione in autotutela della nullità può essere compiuta tramite un atto di accertamento rientrante nella categoria del provvedimento autointerpretativo". La natura dichiarativa dell'atto di ritiro è da tempo sostenuta anche in giurisprudenza. Si veda Tar Lazio, sez. I, 6 maggio 1992, n. 651, in *Giur. It.*, 1992, III, 1, 835, che ritiene che l'atto che rileva la nullità, a prescindere dal nomen dato dall'autorità al provvedimento di autotutela (nel caso si trattava di una revoca), "ha effetti meramente dichiarativi".

Nel caso in cui l'amministrazione abbia dato esecuzione al provvedimento nullo, infatti, il riconoscimento, in sede di autotutela, della illiceità della condotta attuativa da essa posta in essere, alleggerisce l'onere probatorio a carico del danneggiato, ragione per cui la stessa, piuttosto che soccombere dinanzi alle richieste risarcitorie del privato, preferirà rinviare l'esercizio del proprio potere di autotutela al decorso del termine previsto per l'esercizio dell'azione, e solo allora riconoscere l'antigiuridicità degli effetti materiali eventualmente conseguenti al provvedimento nullo.

Il potere di autotutela, inoltre, ancorché esercitato tempestivamente, non sempre si rivela pienamente soddisfacente per il privato. Il livello di soddisfacimento che esso mira a garantire è, infatti, diverso in ragione dell'interesse inciso per effetto del provvedimento nullo.

Ciò emerge, con particolare evidenza, nelle ipotesi in cui il soggetto destinatario del provvedimento sia titolare di un interesse di tipo pretensivo.

In tal caso, infatti, il semplice riconoscimento dell'inefficacia originaria del provvedimento, cui non segua un successivo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione, si traduce in un rimedio assolutamente sterile e privo di ogni utilità per il privato, cui rimane comunque negata la possibilità di conseguire il bene della vita richiesto.

L'esercizio del potere di autotutela, in relazione al provvedimento nullo, presenta inoltre significative ricadute sul tema trasversale oggetto della presente ricerca.

Esso cioè costituisce un indice sintomatico circa la rilevanza della distinzione tra fattispecie nulla e inesistente. Difatti, un provvedimento che non esiste nella realtà, sia di fatto che giuridica, non è concepibile che sia oggetto di ritiro. Viceversa, rispetto ad un provvedimento nullo, l'esercizio del potere di autotutela, nonostante presenti tratti di forte specialità, è comunque ammesso e spiega i propri effetti proprio in virtù dell'apparente esistenza del provvedimento nullo e della conseguente sua idoneità a produrre effetti materiali.

## **§ 9. La tutela in sede penale.**

Successivamente all'adozione di un provvedimento nullo è assai probabile che l'Autorità emanante, nell'intento di consolidare l'assetto di interessi in esso previsto, vi dia comunque esecuzione.

In tal caso, anche l'Amministrazione - così come il privato - si espone al rischio che la propria condotta, oltre ad essere sindacabile dinanzi al Giudice amministrativo, integri altresì gli estremi di un reato, dando luogo al conseguente giudizio per l'accertamento della responsabilità penale.

Qualora ciò si verifichi, il soggetto destinatario del provvedimento, che sia stato leso per effetto del reato, può esercitare la pretesa sostanziale alla restituzione delle cose dovute e al risarcimento del danno, anche in sede penale, costituendosi parte civile nell'instaurando procedimento, così come previsto dagli artt. 74 e 76 c.p.p.

Siffatta costituzione, peraltro, per quanto autonoma rispetto agli ordinari mezzi di tutela, non è affatto in grado di surrogare i vantaggi che il privato potrebbe conseguire attraverso un tempestivo esercizio dell'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo.

Il carattere sussidiario che connota questa forma di tutela, si desume in primo luogo dalla natura della responsabilità che essa mira ad accertare, e conseguentemente dai limiti posti all'esercizio del potere giurisdizionale, ogniqualvolta l'accertamento della responsabilità penale abbia, quale presupposto, la verifica di legittimità del provvedimento e della successiva condotta attuativa.

Al riguardo, può osservarsi che la giurisprudenza della Cassazione ha progressivamente ampliato il potere da parte del Giudice penale di sindacare, in via incidentale, l'illegittimità del provvedimento amministrativo.

Difatti, le Sezioni Unite penali della Cassazione, superando l'orientamento restrittivo espresso con la pronuncia n. 3/1987, nella quale l'ambito di esercizio del predetto potere risultava estremamente circoscritto - lo hanno ammesso nelle ipotesi di provvedimento emesso da parte di un organo assolutamente privo del potere di provvedere ovvero nel caso di atto giuridicamente inesistente o illecito.

Una ulteriore apertura si è avuta grazie alle successive pronunce della Cassazione, con le quali si è sostenuta la possibilità di sindacato incidentale da parte del giudice penale di fronte ad illegittimità dell'atto amministrativo "*macroscopiche*" (Cass. Pen., sez. III, n. 4421/96) ovvero "*eclatanti*" (sez. III, n. 11988/97).

Al di là di ciò, il potere del Giudice di sindacare, in sede penale, la validità di un provvedimento amministrativo, conserva, immutata, la propria natura. Si tratta cioè pur sempre di un sindacato incidentale, i cui effetti, ed il cui valore, rimangono comunque circoscritti al caso deciso e strettamente funzionali all'esito, assolutorio o di condanna, tipico del procedimento penale.

E' bene ricordare, infatti, che attraverso la disapplicazione dell'atto nullo, non vengono "congelati" gli effetti ad esso conseguenti<sup>212</sup>, ma solo la condizione di apparenza che avvolge l'atto medesimo - e che rende peraltro possibile la realizzazione di quegli effetti - e ciò sino a quando la nullità non venga accertata dall'ordinamento giuridico<sup>213</sup>.

Fino a quel momento, e dunque sino a quando l'esistenza del vizio non venga dichiarata o dall'Amministrazione medesima o dal giudice, il provvedimento continuerà a produrre effetti, i quali ancorché non definitivi - ed anzi, suscettibili di essere poi rimossi o riparati, continueranno a danneggiare il destinatario dell'atto stesso, ed ad aggravare, anche penalmente, la lesione al bene giuridico protetto.

---

<sup>212</sup> Le stesse osservazioni valgono per la sospensiva. L'unica differenza rispetto ad essa è che "tanto il risultato voluto, quanto quello realizzato, vengono privati della loro apparente legittimità definitivamente (per il caso concreto dedotto in giudizio) e non interinalmente. Con la disapplicazione cioè si accerta in forma stabile (e non interinale) che il risultato (giòva ripeterlo: per il caso dedotto in giudizio) non ha la forza e il valore di effetto giuridico". Così, Bartolini A., in *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli, pag. 125 ss.

<sup>213</sup> La condizione di apparenza del provvedimento viene cioè "cancellata" , ma solo provvisoriamente. La statuizione che si limita a disapplicare l'atto amministrativo, infatti, non elimina il rischio che la pubblica amministrazione svolga successivamente una ulteriore attività fondata sul presupposto della giuridica esistenza dello stesso. Così, Romano A., *La disapplicazione del provvedimento da parte giudice civile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, pag. 54, il quale osserva che "Il potere di disapplicazione di un atto...investe i suoi effetti, non toccando la sua esistenza formale".

## § 10. La *relatività* del concetto di inesistenza.

Quanto precede mi porta a sostenere che l'inesistenza è un concetto "doppiamente" relativo.

Essa cioè cambia significato, e diviene altresì rilevante, a seconda dell'ordinamento e della prospettiva considerata.

A tal proposito, si richiama quanto sostenuto da un'autorevole dottrina<sup>214</sup>, la quale valorizzando al massimo il concetto di "risultato", ha incentrato su di esso la distinzione tra fattispecie nulla e inesistenza.

Più precisamente, la citata dottrina, richiamando il concetto di risultato così come elaborato da Giannini<sup>215</sup> - dunque, non già quale effetto pratico *tout court*, ma quale conseguenza dell'agire umano, oggetto, tuttavia, di valutazione giuridica - ha ritenuto che la fattispecie nulla, attraverso la produzione di risultati, o meglio, di effetti materiali che si trasformano in risultati a seguito della valutazione operata dall'ordinamento - diviene giuridicamente rilevante. Lo stesso non può dirsi per l'inesistenza, rispetto alla quale la dottrina in esame, stante appunto l'incapacità di produrre risultati giuridicamente valutabili, ne predica la totale estraneità al diritto.

Questa tesi ha, tuttavia, un valore relativo, così come è relativo il significato di volta in volta attribuito al concetto di inesistenza. Le argomentazioni poste alla base della stessa, prima fra tutte la rilevanza attribuita al "risultato", sono a mio avviso pienamente condivisibili, qualora si affronti il tema in una prospettiva civilistica, ovvero con riferimento a fatti e atti di natura privatistica. Ma già meritano una qualche precisazione qualora si verta nell'ambito di un rapporto autoritativo, rispetto al quale, si è visto, la posizione di preminenza della P.A., ancorché derivante dall'esercizio di un potere che dovesse poi rivelarsi inesistente, è tale, a volte, da generare, in capo al privato, la convinzione circa l'esistenza giuridica del potere medesimo.

---

<sup>214</sup> Bartolini A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli Ed. pag. 95 ss.

<sup>215</sup> Fu M.S. Giannini, in uno studio dei primi anni '60 (ci si riferisce al fondamentale saggio "Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II Padova, 1961, 395 ss.) a notare che molti accadimenti presenti nella realtà giuridica non potrebbero essere compresi prescindendo dall'analisi delle conseguenze pratiche prodotte dall'attività umana.



In casi come questo, il dubbio - generato appunto dall'apparenza - che l'effetto materiale si sia o possa ancora verificarsi, è esso stesso indice di rilevanza, giustificando la sottoposizione del provvedimento al vaglio del giudice amministrativo e al conseguente giudizio, finalizzato a certificare, ad ogni effetto, l'inesistenza - anche apparente - del provvedimento medesimo.

Pertanto, se il risultato, così come definito da Giannini, non è l'effetto materiale *tout court* bensì l'effetto che costituisce oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento, sulla base di quanto osservato, ne deriva che anche il provvedimento inesistente può divenire giuridicamente rilevante, quantomeno nelle ipotesi in cui da esso consegue - seppure in apparenza - un risultato.

L'affermazione secondo cui l'inesistenza è *sempre giuridicamente irrilevante* merita, dunque, di essere precisata, in ragione dell'ordinamento e del settore considerato.

La relatività del concetto di inesistenza si trae, in maniera evidente, dall'ordinamento penale, all'interno del quale l'eventuale "inesistenza" del provvedimento è tutt'altro che irrilevante.

Il raffronto con l'ordinamento penale è a mio avviso imprescindibile. Basti pensare che l'unico riferimento al concetto di "inesistenza" è contenuto nel codice penale, all'interno dell'art. 49 comma 2 c.p., che disciplina il reato impossibile.

La norma, infatti, richiamando testualmente la categoria in esame, esclude *la punibilità quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*".

Da essa si trae dunque la prova evidente che anche l'*inesistenza* - seppure riferita all'oggetto dell'azione - può costituire oggetto di valutazione giuridica e divenire, in tal modo, produttiva di risultati.

Il giudizio di disvalore nei confronti dell'inesistenza si ricava in modo inequivoco dall'art. 49 comma 2 c.p., nella misura in cui ricollega ad essa l'effetto di escludere la punibilità dell'azione.

*L'inesistenza dell'oggetto*<sup>216</sup> suscita cioè da parte dell'ordinamento penale, una precisa reazione, consistente appunto nel rifiuto di ricollegare all'azione gli effetti che tipicamente conseguono all'accertamento della responsabilità penale.

Quanto osservato è di indubbio rilievo ai fini della presente ricerca.

Difatti, qualora la condotta penalmente rilevante consista nell'inosservanza di un provvedimento amministrativo<sup>217</sup>, l'inesistenza dello stesso, emersa a seguito dell'accertamento compiuto in sede penale, rende impossibile il reato, con conseguente inapplicabilità della relativa sanzione penale.

La rilevanza di tale accertamento, o meglio, degli effetti che ad esso conseguono sotto il profilo della punibilità, è propria tuttavia solo dell'ordinamento penale, al di fuori del quale l'inesistenza, anche per l'assenza di riferimenti normativi espliciti, è assolutamente improduttiva di effetti.

---

<sup>216</sup> Ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p., l'inesistenza acquista rilevanza giuridica quando l'oggetto sia inesistente in "rerum natura" oppure sia assoluta e originaria.

<sup>217</sup> Tale è l'ipotesi di reato descritta dall'art. 650 c.p. (inosservanza di provvedimenti dell'Autorità), che testualmente recita: "Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità, per ragioni di giustizia, o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a €. 206".

## BIBLIOGRAFIA

Abbamonte G., *“L'ingresso del fatto nel processo amministrativo”*, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) (Relazione al Convegno organizzato dalla Società Italiana degli Avvocati amministrativisti - Sezione della Sicilia orientale su *“La legge n. 205 del 2000 e l'ingresso del fatto nel processo amministrativo”*, Aula congressi del T.A.R. Catania, 18 maggio 2002).

Albini A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953.

Ancora F., *Le fattispecie quali componenti della dinamica dell'ordinamento*, Giappichelli, 2006.

Ascarelli T., *Inesistenza e nullità* in *“Problemi Giuridici”* -Tomo I cap. VI - pagg. 227-232, Ed. Giuffrè 1959

Astone F., *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, Rubbettino editore 2011.

Astone F., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Rubbettino editore 2009.

Balloriani M. , *Nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico tra privato e autorità: la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche*, in Caringella F. -De Carolis D.- De Marzo G. (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005, 841 ss.

Bartolini A., *“La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo”*, Ed. Giappichelli, 2002.

Betti, *“Teoria generale del negozio giuridico”*, pag. 473.

Bianca C. M., *“Diritto civile”* volume III - Il contratto - pag. 613 ss, Ed. Giuffrè 2000.

Cannada-Bartoli E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.

Cannada-Bartoli E., *La disapplicazione nel processo amministrativo, in Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Atti del convegno organizzato dall'Ufficio Studi e

documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo (Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997) Torino, 1998, 146.

Cannada-Bartoli E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la p.a.*, Milano, 1964.

Cannada-Bartoli E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la p.a.*, Milano, 1956.

Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo I*, ed. Cedam, 1980, pag. 375- 392.

Capitanio T., *Nullità del provvedimento amministrativo*, in Caringella F.- De Carolis - De Marzo G. ( a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, II, Milano, 2005, 771 ss.

Caponi R., *Azione di nullità (Profili di teoria generale)*, in Riv. Dir. Civ.- supplemento 2008, 59 ss.

Caranta R., *"L' inesistenza dell'Atto amministrativo"*, Milano, Ed. Giuffrè, 1990.

Carbone A. - Pignatiello F., *L'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in Giustamm.it.

Cardarelli F. - Zeno Zencovich V., *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla nullità civilistica*, in Giustamm.it.

Caringella F. - Protto M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Dike giuridica Editrice 2012.

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo, Profili sostanziali e processuali*, Tomo I e II, Milano 2011.

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Terza ed., Giuffrè, 2005.

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Terza ed., Giuffrè, 2008.

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Terza ed., Giuffrè, 2005.

Caringella F., *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2001.

Carnelutti, *"Inesistenza dell'atto giuridico"* in Riv. Dir. Proc., 1955, I, 208 ss.

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2008.

Casetta E., *Osservazioni sull'ammissibilità delle decisioni di mero accertamento da parte del Giudice amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1952, 146 ss.

Cavallari C., *La nullità del provvedimento amministrativo*, Neldiritto editore, 2014

Cavallini C., *Il rilievo d'ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in studi in onore di Carmine Punzi, I, Torino, 2008, 133 ss.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2014.

Cerulli Irelli V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. 241-90 - 5 puntata*, in *Giustam.it*.

Consolo C., *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2011, supplemento n. 1, 7 ss.

Corradino M., *Diritto amministrativo*, Cedam, 2009, pag. 909 ss.

Corso G., "Validità (diritto amministrativo)" in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1993.

D'Allura G., *Inesistenza e nullità dell'atto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

D'Auria M., *Nullità e potere del giudice ex art. 1421 c.c.: profili problematici*, in *Giur.it*, 2007, 363 ss.

D'Orsogna M., "Il problema della nullità in diritto amministrativo", Milano, 2004.

De Felice S., "Della nullità del provvedimento amministrativo", sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

De Felice S., *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

De Valles A., "La validità degli atti amministrativi", Ed. Cedam 1986.

Dell'Oro D. "Brevi note in tema di nullità-inesistenza del provvedimento amministrativo" - nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 27 ottobre 2005, n. 6023.

Fedele, "L'invalidità del negozio giuridico", pag. 35 ss.

Ferrari, "Inesistenza e nullità del negozio giuridico" in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958,

pag. 514 ss.

Filanti G., *“Inesistenza e nullità del negozio giuridico”*, Napoli 1983, pag. 16 ss.

Filanti G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto*, Persona e Mercato – Saggi, 2014, 107 ss.

Giannini M.S., *“Diritto amministrativo”*, Milano, 1970, prima ed. , 620.

Giannini M.S., *“Lezioni di diritto amministrativo”*, I, Milano, 1950, 384 ss e 428 s

Giannini M.S., *“Il potere discrezionale della pubblica amministrazione”*, 14 s e 115 ss

Giliberti B., *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in Foro amm., C.d.S., 2007, 1657 ss.

Greco R., *“L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo”*, pubblicato in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it) il 3 gennaio 2011.

Luciani F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino 2010.

Marra A., *Accertamento del rapporto controverso e termine di decadenza (con uno sguardo all'azione di nullità nel nuovo codice del processo amministrativo)*, in Dir. Proc. Amm., 2011, 1406 ss.

Pagni I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Riv. Dir. Proc., 2012, 328 ss.

Panzironi G., *Profili problematici della nullità dell'atto amministrativo*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it).

Paolantonio N., *Nullità dell'atto amministrativo*, in annali Enc. Dir. Vol. I, Giuffrè 2007, 855.

Piras A., *“Invalidità”* (dir. Amm.), 604.

Ponte D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2007.

Porrini R., *“Contributo alla teoria delle nullità di atti amministrativi”* in Arch. Giur., LXIV, 1900, 519 ss.

Proto Pisani A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in Riv. Tri. Dir. Proc. Civ., 1979, 620 ss.

Ramajoli M., *Nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Romano Tassone A., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Roppo V., *Il contratto*, Ed. Giuffrè, 2001.

Sacco R., "Nullità e annullabilità" in Noviss. Dig. It, 1965, vol. XI, pag. 456.

Sandulli A.M., "I limiti di esistenza dell'atto amministrativo", 1949, I, 125 ss.

Santoro - Passarelli, "Dottrine generali del diritto civile", pag. 242 ss., Ed. Jovene 2002.

Sassani B., *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

Scoca F.G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica in La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento a cura di G. Clemente di S. Luca*, torino, 2005, 165.

Scoca F.G., *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, terza edizione, 2013, pag. 173-221.

Scognamiglio R., *Contratti in generale*, Vallardi Ed., 1980.

Siniscalchi A.M., *Profili della nullità formale*, Ed. Giuffrè 2000.

Spasiano M.R., *Art. 21 septies. Nullità del provvedimento amministrativo in la pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino 2005.

Susca A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/05 e n. 80/05*, Milano 2005.

Tiberi M., "La nullità e l'illecito". Contributo di diritto amministrativo, Napoli, 2002.

Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, decima edizione rivista e aggiornata, 2013, Giappichelli, pagg. 193-220.

Varrone C., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Vetrò F., *L'azione di nullità dinanzi al G.A.*, Napoli 2012.

Villata R. , *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

Vinti S. Capotorto D., *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano 2008.

Vipiana Perpetua P.M., *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità e irregolarità*, Padova 2003.

Virga P. , *Il provvedimento amministrativo*", Milano Ed. Giuffrè, 1972.

Zingales I., *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Dike 2014.