



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)

DONATANONIO MASTRANGELO

PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELLA NULLITÀ DEI PROVVEDIMENTI
AMMINISTRATIVI

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Donatantonio Mastrangelo

PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELLA NULLITÀ
DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI*

ABSTRACT	
<p>Considerato come e per quali ragioni la nullità dei provvedimenti amministrativi sia stata tradizionalmente assoggettata, tranne che per alcuni casi puramente teorici, al regime dell'annullabilità, si ricostruisce la disciplina sostanziale e processuale ora dettata dagli articoli 21-septies della legge 241 del 1990, 31 e 114 del c.p.a. In particolare, si evidenzia come davanti al giudice amministrativo sia esperibile un'actio nullitatis nei soli casi in cui sarebbe possibile un ricorso avverso il silenzio-inadempimento e come la nullità del provvedimento lesivo o elusivo del giudicato sia conosciuta principaliter solo nel giudizio per l'ottemperanza al giudicato.</p>	<p>Considered how and for what reasons the nullity of administrative measures has been traditionally subject, except for some theoretical cases, at annulment procedure, it reconstructs the substantive and procedural rules now dictated from Articles 21-septies of the Law 241 of 1990, 31 and 114 of C.p.a. In particular, it shows that before the administrative judge an actio nullitatis is possible only in cases where it can do action against the silence-default and that nullity of measure which breaks or evades res judicata can be known principaliter only in judgment for compliance with res judicata.</p>
Provvedimenti amministrativi - Nullità – Conseguenze	Administrative measures - Nullity - Consequences

SOMMARIO: 1. Premesse generali sul tema – 2. La tradizionale tendenza restrittiva nel riconoscimento della nullità dei provvedimenti amministrativi e le sue cause – 3. Le speciali nullità previste dalla legge e la tradizionale riconduzione anche di esse all'annullabilità – 4. Costruzioni giurisprudenziali in controtendenza – 5. I casi di nullità del provvedimento previsti dall'articolo 21-septies della legge 241 del 1990 – 6. L'azione declaratoria della nullità, prevista dall'art. 31, comma 4, c.p.a. - 7. Il trattamento della violazione o elusione nel giudizio di ottemperanza, secondo l'art. 114, comma 4, c.p.a.

1. – L'art. 21-septies, aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15 alla legge 241 del 1990, e gli artt. 31, comma 4, e 114, comma 4, del codice del processo amministrativo hanno, com'è noto, delineato una disciplina sostanziale e processuale della nullità dei provvedimenti per certi versi significativamente modificativa di quella tradizionale, non scritta, frutto di un'elaborazione ultrasecolare da parte della dot-

* *Studio destinato agli Scritti in onore del Prof. Franco Bassi.*

trina e della giurisprudenza e però tutt'altro che priva di incertezze dommatiche e applicative. Benché anche di recente non siano certo mancati ampi e pregevoli studi¹, non pare inopportuno tornare ancora una volta sul tema per tentare di riassumerne brevemente la problematica generale e coglierne gli attuali assetti normativi.

Sia consentito iniziare con l'ovvia considerazione che il diritto configura e delimita le fattispecie giuridicamente rilevanti, ossia le ipotesi al verificarsi delle quali si producono determinati effetti giuridici.

Può stabilire che ogni (anche minima) difformità della fattispecie concreta da quella astrattamente configurata comporti l'inesistenza giuridica della prima e dunque l'assenza degli effetti previsti dalla norma (giacché, come recita l'antico brocardo, *quod nullum est nullum producit effectum*), oppure (come più spesso avviene) può distinguere fra la mancanza di uno o più elementi essenziali, che compromette la riconoscibilità della fattispecie di cui si tratti, e la mancanza di caratteristiche necessa-

¹ Sono successivi alla legge 15 del 2005: F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli 2009; A. CARBONE, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR* 2011, 1111; R. CHIEPPA, *Il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* 2009, spec. par. 3; D. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova 2007, vol. II, 55; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* 2005; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a c. di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 368; E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *Nuove autonomie* 2012, 7, e in *www.giustamm.it* 2012; P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a c. di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino 2005, 177; C.E. GALLO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.* 2009, 193; B. GILBERTI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in L.R. PERFETTI (a c. di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova 2008, 425; V. LOPILATO, *Commento all'art. 31*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a c. di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 321; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino 2010, e *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.* 2012, 503, spec. 536 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 543; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.-Annali*, vol. I, t. I, Milano 2007, 855; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano 2007; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Riv. proc. amm.* 2007, 999; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 269; F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a c. di), *La nuova disciplina*, cit., 165; M.R. SPASIANO, *Articolo 21-septies. Nullità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE., A. ZITO (a c. di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino 2006, 551. Sono da ricordare anche le *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, svoltesi a Siena il 22 e 23 giugno 2007 sul tema *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*. Per gli approdi della dottrina anteriori alla legge 15 del 2005 cfr. le monografie di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino 2002; R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano 1990; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano 2004; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli 2003, e l'accurata sintesi che offriva della tematica R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a c. di), *Diritto amministrativo*, 4^a ed., Bologna 2005, vol. I, 767, spec. 816 ss.

rie ma non essenziali ai fini della rilevanza della stessa fattispecie, che resta quindi produttiva dei propri effetti, benché in vario modo limitati, condizionati o accompagnati da effetti ulteriori².

Quel che il diritto non può comunque fare è negare la categoria logica del nulla: per quanto possa ampliare i margini di riconoscibilità d'una fattispecie, al di là di essi dovrà assumere l'assenza della stessa e la conseguente impossibilità che se ne producano gli effetti.

Così la teoria generale degli atti giuridici, alimentata soprattutto dalla considerazione della disciplina dei negozi privatistici nella tradizione che dalle fonti romanistiche giunge fino al vigente codice civile, ne contempla la nullità come inefficacia, generalmente definita insanabile e rilevabile in ogni tempo da chiunque e anche d'ufficio dal giudice (talvolta distinguendo l'atto *ictu oculi* inesistente, perché del tutto assente o non ancora perfetto o già annullato, che propriamente non est, da quello in senso stretto nullo, che per la mancanza di caratteristiche tipicamente necessarie o specificamente richieste ad *substantiam* dalla norma è *tamquam non esset*)³.

Tuttavia, mentre per gli atti di diritto privato difformi dal paradigma normativo la nullità-inefficacia sembra costituire la regola, sia pure ampiamente derogata dalla previsione di altre forme d'invalidità (in primis l'annullabilità) che non compromettono di per sé l'efficacia, per gli atti di diritto pubblico (leggi, sentenze, provvedimenti amministrativi) può dirsi il contrario. In generale ciò appare dovuto alle particolari esigenze di certezza e di pronta esecuzione che si accompagnano all'esercizio dei pubblici poteri, ma è probabilmente da collegare anche ad una tradizione risalente al tempo in cui questi ultimi erano tutti riconducibili, direttamente o attraverso la gerarchia dei soggetti detentori, all'illimitata sovranità del monarca, sicché la sola provenienza dell'atto da una pubblica autorità ne esigeva il rispetto, e quindi ne assicurava l'efficacia, finché non fosse eventualmente intervenuto un altro atto di autorità in grado di annullarlo.

2. – Guardando al diritto amministrativo, è appena il caso di osservare che esso si è venuto evolvendo con la difesa e l'accrescimento della libertà a fronte dell'autorità e, in tale quadro, con l'emancipazione del potere dalla sovranità regia e la sua sottoposizione al principio di legalità, riconoscendo cioè nelle specifiche norme

² Come osserva F.G. SCOCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a c. di), *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino 2011, 289, possono aversi «ipotesi di nullità e ipotesi di annullabilità, ciascuna, a propria volta, suscettibile di ulteriori modulazioni al proprio interno che, nel diritto positivo, possono giungere sino a rendere evanescente la distinzione stessa».

³ B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a c. di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4ª ed., Milano 2012, 369, spiega che «la differenza tra nullità e inesistenza, teoricamente apprezzabile, per il provvedimento non è concretamente rilevante. In particolare, non è corretto parlare di conversione del provvedimento nullo (sulla scia della conversione del contratto nullo, di cui all'art. 1424 c.c.): quella che a volte la giurisprudenza chiama conversione del provvedimento è, in realtà, un'operazione interpretativa volta a individuare il potere effettivamente esercitato, e non l'attribuzione a un atto degli effetti tipici di un atto di tipo diverso».

il fondamento oggettivo dell'autoritatività dei provvedimenti e i loro limiti di contenuto, di forma e di scopo. Anzi, per questa via e per certi versi, la tipicità dei provvedimenti amministrativi ha finito col prevalere sulla tipicità delle autorità, sicché oggi, tra l'altro, i criteri e i principi enunciati all'art. 1, comma 1, della legge 241 del 1990 vincolano, a norma del comma 1-ter dello stesso articolo, anche i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative e ai fini del codice del processo amministrativo l'art. 7, comma 2, del medesimo stabilisce che «per pubbliche amministrazioni (...) si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». Eppure, per i provvedimenti amministrativi la tendenza a restringere al massimo l'ambito della nullità è giunta quasi a disconoscere che quest'ultima possa avere concreto riscontro: vi è dunque una causa specifica di tale tendenza, e - come la dottrina non ha mancato di rilevare - non par dubbio che essa sia principalmente da ritrovarsi nei caratteri storicamente assunti dal nostro sistema dualistico (per usare la notissima definizione che ne dette Mario Nigro) di giustizia amministrativa⁴.

Com'è risaputo, fino a qualche anno fa nel nostro ordinamento non esisteva alcuna disposizione normativa di carattere generale che espressamente contemplatesse la nullità del provvedimento amministrativo, a fronte di quelle che dall'Ottocento ne prevedono invece l'annullabilità, in sede amministrativa o giurisdizionale, nonché la disapplicabilità nel caso concreto di cui si occupi il giudice ordinario.

Dottrina e giurisprudenza hanno peraltro costruito il concetto dell'illegittimità, quale fondamentale presupposto dell'annullabilità su ricorso (ma anche d'ufficio o in sede di controllo), in contrapposizione logica a quello di nullità, giungendo per questa via a dare un particolare significato tecnico-giuridico alle espressioni incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge usate dalla legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Così l'incompetenza-vizio di legittimità si specificò come relativa e non assoluta, l'eccesso di potere trovò la sua figura originaria e paradigmatica nello sviamento, negandosi che potesse consistere nello straripamento del potere⁵, la violazione di legge si intese come violazione di qualunque disposizione normativa, anche regolamentare, ma (secondo la nota distinzione guicciardiana) di azione, non di quella attributiva del potere (e dunque di relazione). Tutto ciò in aderenza all'art. 3 della stessa legge crispina che, assegnando alla nuova sezione del Consiglio di Stato il compito di annullare gli atti amministrativi viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge su ricorso di chi vi avesse interesse, non prevedeva che essa potesse occuparsi di atti già nulli. Del resto l'atto nullo, non avendo

⁴ Come ricorda V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 3ª ed., Torino 2012, 484, «l'invalidità degli atti amministrativi, secondo l'impostazione tradizionale della nostra dottrina, si risolveva senz'altro nella annullabilità, sulla base del regime stabilito dal t.u. Cons. St.».

⁵ Sullo straripamento di potere, inteso come vizio di incostituzionalità e in quanto tale distinto dall'incompetenza e dall'eccesso di potere, resta insuperata nelle conclusioni ed esemplare nel metodo la ricostruzione storico-domatica di F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1964, 245.

efficacia, non degrada a interesse legittimo il diritto soggettivo⁶, la cui tutela ad opera del giudice ordinario era fatta salva dallo stesso articolo.

Quanto al giudice ordinario, il potere, riconosciuto dalla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo, di disapplicare nel caso in giudizio i provvedimenti contrastanti con la legge sembra a prima vista poter riguardare propriamente solo gli atti illegittimi, non quelli nulli, che sono inefficaci e quindi di per sé non applicabili in nessun caso. È poi ben noto come il convincimento che l'atto, in quanto espressione di potere, non possa violare i diritti soggettivi ma valga a degradarli (sottraendo la loro tutela al giudice ordinario) abbia confinato in ambiti assai ristretti la pratica della disapplicazione dell'atto illegittimo, che risulta di fatto limitata ai casi in cui sia un amministrato ad invocare l'applicazione di tale atto nei confronti della pubblica amministrazione o quest'ultima non sia parte in causa.

Tuttavia, proprio perché l'atto nullo non ha la forza di degradare i diritti soggettivi, il giudice di questi potrà sempre conoscerlo in via incidentale per constatarne l'irrelevanza: vi è dunque, accanto alle limitate ipotesi appena ricordate di disapplicazione degli atti illegittimi, la generale possibilità (e necessità) che il giudice ordinario disapplichino l'atto nullo, che l'amministrazione pretenda di eseguire violando un diritto soggettivo. Del resto l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, espressamente prevedendo che in ogni caso «le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi», certamente esige che non si applichino innanzitutto quelli che sono difformi dalle norme di relazione e perciò di per sé improduttivi degli effetti.

Dunque il giudice amministrativo, a tutela degli interessi legittimi, si pronuncerà in via principale sulle censure di illegittimità mosse all'atto impugnato e, se le accoglierà, dovrà annullarlo. Se invece dovesse rilevare, anche d'ufficio, la nullità del provvedimento impugnato, declinerà la propria giurisdizione su una controversia che, non coinvolgendo in realtà l'espressione di un potere, non attiene agli interessi legittimi e non potrebbe mai sfociare in una pronuncia di annullamento⁷.

Invece il giudice ordinario tutelerà il diritto soggettivo conoscendo incidentalmente, anche d'ufficio, dell'efficacia del provvedimento che l'amministrazione pretenda di eseguire violando in realtà con un comportamento illecito la stessa situazione soggettiva e non applicherà l'atto nullo; mentre di fronte all'atto che, non essendo

⁶ Il richiamo terminologico, qui e oltre, della tradizionale teoria della degradazione non significa ovviamente condivisione della stessa, poiché l'ormai indiscussa preesistenza dell'interesse legittimo al provvedimento amministrativo rende del tutto evidente che le vicende delle situazioni giuridiche soggettive debbano spiegarsi in termini di relatività e non di trasformazione. La dottrina ne è, del resto, da tempo ben consapevole: cfr. ad es. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Riv. dir. comm.* 1944, I, 114 ss.

⁷ Come si dirà, la giurisdizione amministrativa non esclusiva troverà un suo spazio a fronte dell'atto nullo solo su ricorso proposto a tutela di un interesse legittimo pretensivo: cfr. ad es. TAR Puglia, Bari, Sez. III, 26 maggio 2005 n. 4581; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 19 novembre 2008 n. 5456.

nullo, valga a degradare il diritto soggettivo dovrà riconoscersi privo di giurisdizione.

Nelle materie di giurisdizione esclusiva sarà lo stesso giudice amministrativo ad accertare incidentalmente la nullità dell'atto, a tutela del diritto soggettivo, oppure ad annullarlo per illegittimità, a tutela dell'interesse legittimo, ma sempre ovviamente nei limiti della domanda.

Il sistema della giustizia amministrativa offre, pertanto, la possibilità di espungere dal mondo giuridico il provvedimento illegittimo attraverso il suo annullamento, ma non quella di rendere certa erga omnes, e dunque anche nell'interesse pubblico, la nullità. Già questo spiega ampiamente il favor della dottrina e della giurisprudenza (prodottasi soprattutto ad opera della Cassazione e, comunque, in tema di riparto di giurisdizione) per la qualificazione del vizio come causa di illegittimità anziché di nullità, salve le ipotesi (quasi meramente scolastiche) di vera e propria inesistenza che, in quanto tale, appare come dicevamo *ictu oculi* ed esclude di fatto l'eventualità stessa che l'atto sia realmente eseguito o che si dubiti della sua inefficacia.

Più ancora inducono a tale favor le diverse conseguenze che produce l'eventuale diniego di giurisdizione sull'interesse dell'amministrato, a seconda che sia pronunciato dal giudice amministrativo o da quello ordinario. Se, infatti, dovesse essere il giudice amministrativo a reputare nullo l'atto impugnato per illegittimità, declinando conseguentemente la giurisdizione, il cittadino potrebbe sempre chiedere al giudice ordinario la tutela del proprio diritto violato in pretesa esecuzione di tale atto, finché non sopravvenga la prescrizione dello stesso diritto. Al contrario, se la giurisdizione dovesse essere declinata dal giudice ordinario che riconoscesse all'atto assunto come nullo dall'attore l'efficacia degradatoria del diritto, l'intervenuta decadenza impedirebbe normalmente di impugnare lo stesso atto davanti al giudice amministrativo.

L'inconveniente è solo qualche volta superabile con la *traslatio iudicii* che, dopo essere stata ammessa dalle Sezioni unite della Cassazione e dalla Corte costituzionale⁸, è ora disciplinata dal codice del processo amministrativo, all'art. 11. Infatti il passaggio dal giudice ordinario a quello amministrativo trova comunque ostacolo nell'eventualità, tutt'altro che infrequente, che l'azione davanti al primo sia stata proposta dopo la scadenza del termine di decadenza per ricorrere al secondo, salva la possibilità che il giudice amministrativo successivamente adito riconosca l'errore scusabile⁹. E similmente è a dirsi anche per il diverso caso della giurisdizione esclusiva (dove non di *traslatio* si tratta, ma di conversione del giudizio sul rapporto in giudizio sull'atto) quando il ricorso a tutela del diritto sia stato proposto dopo la scadenza del termine di impugnazione¹⁰.

⁸ Rispettivamente con le sentenze 22 febbraio n. 4109 e 12 marzo n. 77 del 2007.

⁹ Cfr. di recente Cons. St., Sez. III, 21 febbraio 2012 n. 940.

¹⁰ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a c. di), *Dizionario amministrativo*, 2^a ed., Milano 1983, vol. I, 233, considera che «la prevalenza della invalidità sull'inesistenza è dovuta in larga parte a ragioni pratiche», del tipo di quelle qui indicate, e che «in genere alla prospettazione dell'inesistenza si perviene, quindi, o quando il termine per il ricorso ai giudici amministrativi sia scaduto, o quando si intenda, da qualcuno degli interessati alla controversia, contestare la sentenza del

3. – Prima dei recenti interventi del legislatore, il favor di cui si è detto giungeva per lo più a considerare illegittimi anche i provvedimenti che contravvenissero a norme che invece espressamente comminassero la nullità come conseguenza della propria violazione. Talvolta, infatti, per dare particolare tutela a determinati interessi, il legislatore ha previsto che il provvedimento abbia ad substantiam specifici requisiti, disponendo esplicitamente che in caso contrario sia nullo e magari anche con parole che sembrano tradurre letteralmente gli antichi brocardi sopra ricordati, che della nullità vogliono spiegare il significato o le conseguenze.

Così, esemplificando fra vecchie e nuove disposizioni, l'art. 303 del t.u. com. e prov. del 1915 affermava che le deliberazioni consiliari comportanti la modifica o la revoca di deliberazioni già operative «si hanno per non avvenute» (tamquam non essent!) se di ciò non facciano «espressa e chiara menzione». L'art. 326 dello stesso t.u. (con una disposizione che può farsi risalire agli artt. 221 e 227 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. A, e che sarebbe stata poi riprodotta nell'art. 288 del t.u. com. e prov. del 1934) definiva «nulle di pieno diritto le deliberazioni prese in adunanze illegali e sopra oggetti estranei alle attribuzioni del consiglio o se si sono violate le disposizioni delle leggi» (sicché, interpretando letteralmente, addirittura ogni illegittimità di tali deliberazioni ne avrebbe comportato la nullità!); l'art. 3 del t.u. del 1957 sugli impiegati civili dello Stato stabilì che «è nulla di pieno diritto e non produce alcun effetto» (quod nullum est nullum producit effectum!) a carico della pubblica amministrazione l'assunzione senza il prescritto concorso (formule analoghe furono poi adottate nell'art. 9 della legge 20 dicembre 1979 n. 761 per il personale delle unità sanitarie locali; nell'art. 4, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1971 n. 276 e nell'art. 6 della legge 20 marzo 1975 n. 70 riguardo al divieto di assumere personale non di ruolo rispettivamente nelle amministrazioni statali e parastatali; nell'art. 123 del d.lgs. 11 luglio 1980 n. 382 per il personale universitario); l'art. 49 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, modificato dall'art. 13 della legge 26 aprile 1982 n. 181, definiva «nulli di diritto» gli atti delle unità sanitarie locali soggetti a controllo «se la relativa spesa non trovi copertura» e disposizione analoga dettavano per gli atti degli enti locali gli artt. 191 e seguenti del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni; gli artt. 52, comma 5, e 53, comma 8, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 comminavano la nullità, rispettivamente, per gli incarichi conferiti ad un dipendente di altra amministrazione senza la previa autorizzazione di questa e per l'attribuzione di mansioni superiori al di fuori delle ipotesi di legge. Nullità testuali sono anche quelle ora previste dall'art. 11 della legge 241 del 1990 per gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento privi di forma scritta (si tratta, invero, di atti inter pares, ma tuttavia soggetti ad una disciplina per più versi pubblicistica); dagli artt. 3 e 6 della legge 15 lu-

giudice amministrativo: ciò spiega l'apparente paradosso che la questione dell'inesistenza risulta proposta con maggior frequenza con i ricorsi alle Sezioni unite della Corte di cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato sotto il profilo del difetto di giurisdizione».

glio 1994 n. 444, di conversione del d.l. 16 maggio 1994 n. 293, per gli atti emanati da preposti ad organi amministrativi dopo quarantacinque giorni dalla scadenza del loro mandato oppure emanati durante tale prorogatio ma eccedenti l'ordinaria amministrazione e non urgenti né indifferibili; dall'art. 11 della legge 212 del 2000 per l'accertamento tributario difforme dalla risposta all'interpello.

Con riferimento a disposizioni come quelle esemplificate, così chiare ed inequivoche nella loro formulazione letterale, in dottrina, avallandone l'interpretazione data dalla giurisprudenza nel senso dell'annullabilità, si sostenne autorevolmente l'idea che fossero in realtà «fatti di eloquio improprio»¹¹.

4. – In controtendenza rispetto all'orientamento di cui si è detto, la Corte di cassazione teorizzò (senza peraltro tracciarne nettamente i confini logici) la cosiddetta carenza di potere in concreto, che ricorrerebbe quando manchino le condizioni atte a dare effettività ad un potere pur astrattamente attribuito dalla legge¹². In tal caso non si avrebbe la degradazione ma la violazione del diritto soggettivo e dunque la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario. L'indirizzo, non condiviso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dalla prevalente dottrina, si manifestò soprattutto in tema di espropriazione non preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità e dalla specificazione del termine per l'esercizio del potere o successiva alla scadenza di tale termine¹³ (materia poi compresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) e di provvedimenti d'urgenza emanati in assenza di tale presupposto (sempreché non rientranti nella giurisdizione esclusiva).

¹¹ Così M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 430, il quale, in *Diritto amministrativo*, 3^a ed., Milano 1993, vol. II, 300, spiega che «la giurisprudenza ha ampiamente motivato, nelle sue pronunce più trasparenti (che non sono molte), osservando che non può aversi nullità se i legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o amministrativo sono in numero ristretto (mentre la nullità può esser fatta dichiarare da chiunque, e nelle nullità relative quantomeno dagli aventi ragione); se la domanda è da proporre in brevi termini di decadenza (mentre la domanda di declaratoria di nullità è imprescrittibile, salvi gli effetti di fatti compiuti, tra cui l'usucapione); se il vizio non è rilevabile d'ufficio, né dal giudice né dall'amministratore (mentre la nullità è di regola rilevabile d'ufficio), e se il provvedimento viziato è di regola sanabile (sia pur non illimitatamente; la nullità è reputata insanabile)». Tuttavia «a partire da una serie di decisioni assai note del 1992 (Cons. St., A.p., n. 1, 2, e altre del 1992) la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva iniziato una nuova fase interpretativa, secondo la quale, almeno in alcuni casi, le prescrizioni legislative circa la nullità di atti amministrativi venissero intese come ipotesi di vera e propria nullità *intesa in senso civilistico e pertanto imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio*» (V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 484 s.). La richiamata decisione A.p., 29 febbraio 1992 n. 1, secondo la quale la previsione della nullità tutelerebbe la legalità nelle ipotesi in cui siano presumibili la mancanza di interesse all'impugnazione e le remore dell'amministrazione ad esercitare l'autotutela, è annotata da E. CANNADA BARTOLI, *Rilievi esegetici in tema di assunzione nulla, lavoro subordinato e pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, c. 545, e da A. CORPACI, *Alla ricerca di un punto di equilibrio tra tutela del lavoro e tutela della legalità dell'azione amministrativa*, in *Corr. giur.* 1992, 797.

¹² SS.uu. 4 luglio 1949 n. 1657 (in *Foro it.* 1949, I, c. 926). Nella giurisprudenza successiva cfr., ad es., SS.uu. 16 aprile 1984 n. 2435, 2 agosto 1994 n. 7191, 21 marzo 2001 n. 120, 28 ottobre 2005 n. 20994.

¹³ *Contra*, cfr. Cons. St., A.p., 26 marzo 2003 n. 4.

Sempre in senso estensivo della giurisdizione ordinaria, la giurisprudenza della Cassazione, accolta con perplessità dalla dottrina, sostenne poi l'esistenza di diritti, come quello alla salute della persona e all'integrità dell'ambiente, che avrebbero una speciale protezione costituzionale, tale da renderli incomprimibili da qualsivoglia provvedimento amministrativo¹⁴.

Per assicurare piena e pronta effettività alle pronunce giurisdizionali nei confronti della pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato venne invece affermando che l'emanazione di atti in violazione o anche solo in elusione del giudicato debba essere lamentata proponendo (come se l'atto non vi fosse) l'apposito ricorso giurisdizionale amministrativo per l'ottemperanza¹⁵. La regola si è poi estesa ai casi nei quali, come consentito dalla legge 21 luglio 2000 n. 205 e più ampiamente dal vigente art. 112 c.p.a., il rimedio è esperito per l'ottemperanza ai provvedimenti comunque esecutivi del giudice amministrativo e ad altri provvedimenti equiparati a sentenze passate in giudicato.

Ma veniamo alla disciplina ora espressa dal legislatore.

5. – L'art. 21-septies della legge 241 del 1990, com'è noto, contempla quattro ipotesi di nullità¹⁶, iniziando con l'affermare che «è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali». L'affermazione può sembrare ovvia e tautologica, giacché per l'esistenza di ogni cosa è necessario e sufficiente che ne ricorrano gli elementi essenziali, né può dirsi essenziale per la stessa cosa un elemento che non ne condizioni l'esistenza. Tuttavia, considerando le altre ipotesi previste dalla norma, quella in esame sembra riferirsi soltanto alle cosiddette nullità strutturali, determinate cioè dalla mancanza di elementi che siano essenziali per necessità logica, indipendentemente da qualsiasi espressa previsione normativa¹⁷.

Può, inoltre, osservarsi che l'articolo, nella sua rubrica e nel suo testo, parla letteralmente di nullità, non di pura inesistenza. Esso, inoltre, è compreso in un capo che, come dichiarato nella sua intitolazione, si occupa, per quanto in discorso, della inva-

¹⁴ L'orientamento risale alle sentenze delle Sezioni unite nn. 1463 e 5172, rispettivamente del 9 marzo e del 6 ottobre 1979. Sulle forme e sul reale grado di protezione procedimentale dei diritti in parola sia consentito rinviare a D. MASTRANGELO, *La salute e l'ambiente nella comparazione degli interessi*, in D. MASTRANGELO (a c. di), *Appunti sulla tutela amministrativa dagli inquinamenti ambientali*, Roma 2012, 9.

¹⁵ Le pronunce in tal senso, a partire da A.p. 19 marzo 1984 n. 6, sono assai numerose. Cfr., ad es., Sez. IV, 14 settembre 1988 n. 746 e 24 febbraio 2000 n. 1001; Sez. V, 9 febbraio 1985 n. 79, 22 giugno 1991 n. 971, 11 ottobre 1996 n. 1231 e 13 febbraio 1998 n. 166; Sez. VI, 17 luglio 1991 n. 469. Peraltro, «alle ragioni di questa giurisprudenza era tendenzialmente estranea ogni considerazione di ordine sostanziale sulla natura del vizio dell'atto» (così A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, 10ª ed., Torino 2013, 377).

¹⁶ Sulle figure di nullità di cui all'art. 21-septies si sofferma in generale Cons. St., Sez. IV, 2 aprile 2012 n. 1957.

¹⁷ Com'è noto, dottrina e giurisprudenza concordano nell'escludere che i requisiti del provvedimento (espressione non dell'autonomia negoziale ma di una funzione amministrativa) siano gli stessi indicati per il contratto dall'art. 1325 c.c.

lità del provvedimento amministrativo, sicché se da un lato resta intatto l'arduo problema di definire nel perdurante silenzio della legge quali siano gli elementi (e più ancora i caratteri degli stessi) strutturalmente essenziali del provvedimento, dall'altro sembrano incoraggiate le interpretazioni che non risolvano, come è quasi sempre avvenuto finora, quelli di nullità strutturale in meri casi di scuola¹⁸.

Con la seconda ipotesi, riguardante il provvedimento «che è viziato da difetto assoluto di attribuzione», riecheggiando la distinzione corrente a proposito dell'incompetenza se ne introduce una inusitata fra difetto di attribuzione assoluto e relativo.

Sembra plausibile la *communis opinio* secondo la quale il neologismo legislativo va interpretato nel senso di escludere la nullità del provvedimento viziato soltanto da quella carenza di potere in concreto di cui si è detto¹⁹.

Tale interpretazione, in linea con la tradizionale giurisprudenza del Consiglio di Stato, non pare, peraltro, sufficiente ad inficiare la costruzione con la quale la Corte di cassazione, senza trarre le radicali inferenze sul piano sostanziale ora negate dal legislatore, ha voluto soltanto risolvere una questione di riparto di giurisdizione, in un modo che offre riscontro all'art. 113 cost. (che, garantendo «contro gli atti della pubblica amministrazione» anche la «tutela giurisdizionale dei diritti», implicitamente assume che talvolta effetto della presenza di un provvedimento possa essere non la degradazione ma la violazione del diritto soggettivo) oltre che all'art. 2 della legge 2248 del 1865, all. E (che, malgrado la sua nota e consolidata interpretazione restrittiva, prevede pur sempre l'esercizio della giurisdizione ordinaria «ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»).

Esclusa, in altri termini, la nullità del provvedimento viziato da carenza di potere solo in concreto, occorrerebbero altri argomenti per negare la possibilità di considerare quell'atto non meramente illegittimo ma propriamente illecito (secondo l'altra ben nota distinzione guicciardiana) e, in quanto tale, disapplicabile dal giudice ordinario a

¹⁸ Per un'ampia e puntuale rassegna delle condizioni di esistenza dell'atto amministrativo è sempre attuale il rinvio ad A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15ª ed., Napoli 1989, vol. II, 664 ss. Di recente cfr., fra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, 3ª ed., Napoli 2012, 505 ss., che riprendendone l'insegnamento considera elementi essenziali il soggetto, l'oggetto, il contenuto, la forma e la finalità, e F.G. SCOCA, in *Diritto amministrativo* (a c. dello stesso A.), cit., 259 ss., per il quale «in definitiva è sufficiente, perché il provvedimento sia considerato esistente, che vi sia un regolamento di interessi (contenuto decisionale) in forma conoscibile (esternato) e riferibile ad un organo attributario del potere di adottarlo» (ivi, 262). Nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dell'art. 21-septies, per riferimenti a casi di nullità strutturale cfr., ad es., Cons. St., Sez. IV, 27 ottobre 2005 n. 6023 e 17 maggio 2010 n. 3129; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 22 aprile 2005 n. 855; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 26 ottobre 2005 n. 4581 e 19 ottobre 2006 n. 3740; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 17 febbraio 2006 n. 2131.

¹⁹ Cfr., ad es., in tal senso Cons. St., Sez. VI, 9 settembre 2008 n. 4304; TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 14 gennaio 2009 n. 162; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 12 novembre 2009 n. 5059 e in dottrina M.R. SPASIANO, *Art. 21-septies*, cit., 566 s.; N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 866; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21-septies, legge n. 241/1990*, in *www.giustamm.it* 2006.

tutela del diritto soggettivo col quale esso confligge²⁰.

Comporterebbe, invece, necessariamente la nullità dell'atto, per carenza di potere anche in astratto o difetto assoluto di attribuzione che dir si voglia, l'accoglimento dell'altra costruzione giurisprudenziale sopra ricordata, la quale afferma l'esistenza di diritti che la Costituzione non consente di degradare. Desta, tuttavia, perplessità che il giudice ordinario possa considerare inefficace un provvedimento conforme alla legge, prima che questa sia dichiarata incostituzionale e, del resto, la stessa Corte costituzionale pare non condividere l'orientamento della Cassazione²¹.

È comunque appena il caso di osservare che, in realtà, quella fin qui considerata non è un'ipotesi di nullità distinguibile dall'altra di cui si è detto in precedenza, giacché il difetto di attribuzione rientra, per necessità logica, nella mancanza degli elementi strutturalmente essenziali del provvedimento: l'articolo se ne occupa distintamente solo per precisare, come si è visto, che per produrre la nullità tale difetto deve essere «assoluto»²².

Diversa è, invece, la terza ipotesi, la quale riguarda il provvedimento amministrativo «che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato» (non di altro provvedimento esecutivo, per la cui ottemperanza sia pure ammesso l'apposito ricorso)²³.

Anche qui si parte da una costruzione giurisprudenziale (quella elaborata, come si è accennato, dal Consiglio di Stato al fine di risolvere col giudizio per l'ottemperanza un contenzioso che altrimenti rischierebbe di rinnovarsi all'infinito), ma non si negano, come accade nel caso precedente, bensì si affermano le inferenze (peraltro non logicamente necessitate e che potrebbero risultare eccessive negli effetti pratici) sul piano sostanziale.

Il fatto che il diritto all'ottemperanza possa essere leso non solo dall'inerzia della pubblica amministrazione ma anche dall'emanazione di un atto che violi o eluda il giudicato, con la conseguente esperibilità dell'apposito rimedio nell'ordinario termine

²⁰ Nel solco della tradizionale giurisprudenza sembrano muoversi, infatti, Cass., SS.uu., 19 aprile 2007 n. 9323 e ord. 6 febbraio 2008 n. 2765. Per una diversa lettura di quest'ultima pronuncia cfr. però F. SATTA, *Invalidità degli atti espropriativi e giurisdizione: la Cassazione sconfessa il criterio della carenza in concreto di potere?*, in *Foro amm.-CdS* 2008, 383.

²¹ Cfr. C. cost., sent. 27 aprile 2007 n. 140, alla quale la Cassazione è sembrata volersi adeguare con SS.uu., 28 dicembre 2007 n. 27187.

²² Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2012 n. 3039 considera nulla per difetto assoluto di attribuzione (anche se sembrerebbe piuttosto un caso di carenza di potere in concreto) l'autorizzazione unica regionale ex art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387, in tema di realizzazione ed esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, rilasciata nonostante il dissenso sulla compatibilità paesaggistica espresso nella conferenza di servizi dalla soprintendenza competente (in *Urb. e app.* 2012, 1167, con commento di A. BARTOLINI, *Tutela del paesaggio e difetto assoluto di attribuzione*). Cfr. anche TAR Puglia, Bari, Sez. II, 16 marzo 2004 n. 1316, che considera nullo per «assoluta carenza di potere» il parere negativo espresso dalla Regione, una volta formatosi il silenzio assenso, sulla variante di piano regolatore deliberata dalla conferenza di servizi.

²³ Cfr. G. SEMERARO, *La nullità del provvedimento e la violazione o elusione del giudicato*, in D. MASTRANGELO (a c. di), *Aspetti dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Roma 2006, 137.

decennale di prescrizione, significa che lo stesso atto non degrada il diritto ad interesse legittimo, non che sia da considerare per necessità logica nullo (si è, del resto, già osservato che anche gli art. 113 cost. e 2 della legge 2248 del 1865, all. E, presuppongono che possano esistere, e dunque non essere nulli, atti amministrativi illeciti, ossia lesivi di diritti soggettivi).

Prescrivendo invece la nullità, la disposizione in esame, se intesa letteralmente, comporta che l'atto non produca effetti nei confronti di alcuno, che chi lo esegua se ne assuma personalmente ogni responsabilità, che non possa essere sanato e che la sua nullità possa essere rilevata da chiunque ed anche d'ufficio in ogni tempo.

La gravità di tali conseguenze, resa ancor più evidente dalla considerazione che il parametro dalla cui diretta violazione - e persino da quella violazione non palese e spesso di ardua percezione che è l'elusione²⁴ - deriva la nullità non è in questo caso la struttura logico-giuridica dell'atto né la speciale fattispecie astratta definita da una fonte del diritto ma una sentenza: è mai possibile che, se non si è stati parti in causa, per esser certi che un atto non sia nullo si debbano consultare i repertori giurisprudenziali?

Pare, dunque, imporsi un'interpretazione restrittiva della disposizione, che renda rilevabile la nullità per violazione o elusione del giudicato solo nel relativo giudizio di ottemperanza o dopo che sia stata dichiarata principaliter nella decisione dello stesso²⁵. Argomenti testuali in tal senso possono ora trarsi dalla specifica disciplina dettata al riguardo dal codice del processo amministrativo, della quale diremo tra breve.

L'ultima ipotesi rinvia agli «altri casi espressamente previsti dalla legge». La norma sembra escludere che possano continuare ad essere considerate frutto di eloquio improprio disposizioni normative quali quelle sopra ricordate e, d'altra parte, pone una riserva di legge rinforzata, poiché esige la previsione espressa, oltre che per legge (o per atto avente forza e valore di legge), della nullità²⁶.

6. – Più innovativa rispetto agli ordini concettuali tradizionali è (e ancor più appare a prima vista) la disciplina processuale dettata in riferimento alla nullità del

²⁴ Cons. St., Sez. IV, 21 novembre 2012 n. 5903 assimila l'elusione del giudicato ad uno sviamento di potere.

²⁵ Come osserva F. LUCIANI, *Processo amministrativo*, cit., 542, «la nullità in questo caso è una questione particolare, quasi eccentrica rispetto all'art. 21-septies legge 241/90; serve infatti, più che altro, a contrastare definitivamente il principio che l'atto contrario al giudicato debba essere impugnato entro il termine di decadenza. In realtà, più che nell'istituto della nullità, tale fattispecie sembra inquadrarsi nel tema della forza del giudicato e della relativa azione di ottemperanza». Resta, naturalmente, fuori del discorso l'atto contrastante col paradigma normativo, ma non con la sentenza: esso sarà impugnabile con l'ordinario ricorso di legittimità, in quanto autonomamente lesivo (così, ad es., Cons. St., Sez. V, 23 maggio 2011 n. 3078).

²⁶ TAR Puglia, Bari, Sez. II, 11 gennaio 2012 n. 102 osserva che l'art. 21-septies codifica un numero chiuso di ipotesi di nullità, fra le quali non rientra, come talvolta si è sostenuto (cfr., ad es., TAR Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989 n. 34, ma in senso contrario già TAR Toscana, Sez. II, 20 marzo 1996 n. 156), la violazione del diritto comunitario.

provvedimento dal codice del processo amministrativo.

Fra le azioni di cognizione, oltre quella di annullamento (art. 29) e quella di condanna (art. 30), il codice contempla all'art. 31 quelle che in rubrica sono definite «azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità». Di quest'ultima si occupa il comma 4, prevedendo anzitutto che «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni».

La norma si riferisce alle «nullità previste dalla legge», quindi – è da intendere, per dar senso alla specificazione – solo a quelle di cui alla quarta ipotesi contemplata dall'art. 21-septies della legge 241 del 1990²⁷. Peraltro, nel prosieguo dello stesso comma 4, si prevede che alle nullità per violazione o elusione del giudicato si applichino invece esclusivamente le disposizioni che il codice detta nel libro IV, titolo I, in tema di giudizio di ottemperanza²⁸.

Verrebbe di pensare che - forse sul presupposto che il riscontro delle nullità ex lege comporti una speciale attività interpretativa non necessaria nei casi di inesistenza o nullità strutturale e, dunque, esiga un apposito accertamento giurisdizionale - il legislatore abbia introdotto in relazione alle prime una generale *actio nullitatis*, esperibile davanti al giudice amministrativo.

Se ciò fosse, però, il giudice amministrativo si troverebbe a tutelare diritti soggettivi (quelli lesi dall'esecuzione, o anche solo dal rischio di esecuzione, dell'atto nullo e perciò soddisfatti dalla declaratoria di nullità) al di fuori della sua giurisdizione esclusiva. Infatti l'art. 133 del codice, elencando le materie rientranti in tale giurisdizione, non menziona le nullità previste dalla legge, anzi richiama al n. 3 della lettera a) il «silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3» ma non il comma 4 che le contempla. Né, peraltro, il legislatore potrebbe mai prevedere un tal caso di giurisdizione esclusiva, sia perché con tutta evidenza non si tratta di una «particolare materia» (come richiede l'art. 103 cost.), sia perché, riconoscendo al giudice amministrativo il compito di sindacare se il provvedimento sia nullo o efficace, gli si attribuirebbe in realtà quello di decidere se il diritto soggettivo permanga o sia degradato ad interesse legittimo, e si giungerebbe così persino a sottrarre alla Corte di cassazione il sindacato sulla giurisdizione assegnatogli dall'art. 111, comma 8, cost.

Inoltre sarebbe ben strana un'*actio nullitatis* esperibile a tutela di diritti soggettivi e tuttavia soggetta ad un termine di decadenza. Nel prosieguo dell'art. 31, comma 4,

²⁷ Così, ad es., E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 14^a ed., Milano 2012, 558 e 857, secondo il quale si tratterebbe di «ipotesi nelle quali, a ben vedere, un potere può esistere, onde si spiegherebbero la possibile configurabilità di un interesse legittimo in capo al privato e la circostanza che il codice non limiti l'azione di nullità ai casi di giurisdizione esclusiva» (ivi, 857).

²⁸ Nel senso che l'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato è ammissibile solo se compresa in quella di esecuzione cfr. TAR Liguria, Sez. II, 10 maggio 2012 n. 650. Tuttavia, secondo TAR Piemonte, Sez. II, 8 maggio 2012 n. 510, il giudice dell'ottemperanza potrebbe dichiarare nulli gli atti emessi in elusione o violazione del giudicato anche se il ricorso non sia stato proposto nelle forme dell'ottemperanza, atteso che la procedura ordinaria fornisce rispetto a quella camerale maggiori garanzie di pienezza ed effettività del contraddittorio.

si dice infatti che «la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice», lasciando chiaramente intendere che invece l'interessato alla declaratoria, ove non avesse proposto tempestivamente la relativa azione, non potrebbe dolersi neanche quando la pubblica amministrazione dovesse ledere il suo diritto soggettivo dando illecita esecuzione all'atto nullo²⁹.

Meno incongrua apparirebbe la disciplina in discorso assumendo che, al di là delle espressioni usate, le c.d. nullità ex lege, nonostante possano essere sempre opposte dalla parte resistente o rilevate d'ufficio dal giudice, siano in realtà meri vizi di legittimità, deducibili entro un termine decadenziale di 180 anziché di 60 giorni, con un ricorso pur sempre a tutela dell'interesse legittimo, teso ad ottenere una declaratoria di nullità del tutto equivalente all'annullamento dell'atto.

Ma forse non occorre giungere ad una conclusione così distante dall'interpretazione letterale della norma e così prossima a quel tradizionale favor per la riduzione della nullità all'annullabilità al quale, come si è visto, già con l'art. 21-septies della legge 241 del 1990 il legislatore è sembrato volersi contrapporre.

Si consideri, infatti, che della declaratoria di nullità si occupa il quarto comma dell'art. 31, che nei primi tre disciplina l'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione. La sedes materiae, benché forse dovuta a ragioni pratiche contingenti³⁰, non sembra affatto impropria³¹ e anzi può giovare a definire correttamente

²⁹ Giudica «irrazionale» la disposizione, poiché «vi è una contraddizione di fondo tra il regime della nullità e la previsione di un termine di decadenza dell'azione diretta a far valere la nullità», G. CORSO, *Manuale di Diritto amministrativo*, 6ª ed., Torino 2013, 519 s. Per lo stesso motivo anche a E. FOLLIERI, *Le azioni di mero accertamento*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 5ª ed., Torino 2013, 206, «non pare che l'art. 31 c.p.a. sia una disposizione “felice”» (peraltro ritenendo che «il diritto soggettivo, attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, possa essere azionato nel ricorso volto alla dichiarazione di nullità dell'atto nell'ordinario termine decennale di prescrizione»: ivi, 205). Invece A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 208, osserva che «la previsione di un termine perentorio per una declaratoria di nullità non rappresenta una novità assoluta: anche nel codice civile si riscontrano esempi del genere (cfr., per le nullità matrimoniali, art. 117, 4° comma, c.c.)». Nello stesso senso F. LUCIANI, *Processo*, cit., 537 s., cita l'art. 2379-ter c.c., tuttavia condividendo (sul presupposto che la declaratoria possa riguardare anche le nullità strutturali) «le perplessità manifestate di fronte alla previsione di un termine di decadenza per l'impugnazione di atti amministrativi la cui nullità, ai sensi dell'art. 21-septies l. n. 241 del 1990 deriva da patologie particolarmente gravi (segnatamente, il difetto assoluto di attribuzione)».

³⁰ CGARS, Sez. giur., 27 luglio 2012 n. 721 osserva che «in sede di stesura definitiva del codice, ossia in esito ai pareri resi dalle competenti commissioni parlamentari ai sensi dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, si è ritenuto di dover introdurre una specifica disciplina dell'istituto della nullità (vuoi quale “azione”, nel primo periodo del comma 4; vuoi quale “eccezione” o quale pronuncia ufficiosa del giudice, nel secondo periodo di esso); ma, siccome a quel punto mancavano solo pochissimi giorni alla scadenza della delega, si è ritenuto inopportuno, come invece un maggior rigore di sistema avrebbe forse suggerito, aggiungere allo schema del codice un articolo nuovo (perché ciò avrebbe comportato la necessità di modificare tutti i rinvii interni al codice, con un elevato rischio di gravi inesattezze), e si è pertanto optato per l'inserimento di un ulteriore comma nell'ambito dell'unico articolo che già era dedicato a una pronuncia dichiarativa».

³¹ In tal senso cfr. ad es. E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 856, per il quale l'art. 31 accosta silenzio e nullità «in modo incoerente, stante l'eterogeneità dei due istituti», e N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 4ª ed., Milano 2012, 56, cui «non appare giustificata la collocazione della norma».

l'ambito normato.

L'azione avverso il silenzio della quale si tratta è ovviamente esperibile solo contro quello che un tempo si indicava come silenzio-rifiuto (di provvedere) ed ora, generalmente, come silenzio-inadempimento (al dovere di provvedere) ed è noto come tale tipo di silenzio è confinato nello spazio, ormai ristretto, nel quale l'inerzia non abbia per legge valore di provvedimento di assenso o di diniego né si accompagni alla SCIA (o ad altro analogo atto dell'amministrato), consentendole di produrre gli stessi effetti del provvedimento favorevole³². Pur non essendo (al contrario di quella che si ammetteva avverso il silenzio-rifiuto) un'azione impugnatoria, è comunque proponibile solo a tutela di un interesse legittimo (pretensivo del provvedimento) ed è soggetta, come tutte le azioni a tutela di interessi legittimi, ad un termine di decadenza, che nella specie è di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

L'interesse legittimo pretensivo è violato dal silenzio-inadempimento anche in presenza di un atto nullo, il quale, poiché è tamquam non esset, non rompe giuridicamente l'inerzia della pubblica amministrazione. Tuttavia, quando l'atto sia affetto da una nullità (non strutturale ma) espressamente prevista dalla legge, trova applicazione il quarto comma dell'art. 31, che dunque si limita ad imporre al titolare dell'interesse legittimo pretensivo del provvedimento l'onere di proporre in via principale la domanda volta all'accertamento di tale nullità³³.

Il relativo ricorso, come tutti quelli a tutela di interessi legittimi, è soggetto a un termine di decadenza, che nella specie è di centottanta giorni. La declaratoria di nullità non avrà effetti diversi per il ricorrente dalla declaratoria di illegittimità del silenzio-inadempimento, e varrà a rendere certa erga omnes (salva l'opposizione di terzo) la nullità ex lege del provvedimento. Peraltro, in mancanza di tale declaratoria, la nullità, che comporta comunque l'inefficacia, potrà sempre essere incidentalmente rilevata in giudizio su eccezione della parte resistente³⁴ o d'ufficio dal giudice (ordinario

³² Per Cons. St., A.p., 29 luglio 2011 n. 15, il silenzio su DIA o SCIA era significativo-negativo, equiparabile a diniego di provvedimento inibitorio, ma il comma 6-ter, aggiunto all'art. 19 della legge 241/1990 dal d.l. 138/2011 convertito in legge 148/2011, ha ricondotto la tutela del terzo al ricorso avverso il silenzio-inadempimento.

³³ La natura pretensiva dell'interesse spiega perché, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, se ne possa apprezzare, oltre alla personalità, anche l'attualità e la concretezza della lesione, nonostante qualche dubbio in dottrina (cfr. F. LUCIANI, *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, 12; E. FOLLIERI, *Le azioni*, cit., 206).

³⁴ È da ritenere che la locuzione «parte resistente» comprenda, oltre all'amministrazione autrice dell'atto nullo, anche il controinteressato: così F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a c. di), *Codice del processo amministrativo*, Roma 2010, vol. I, 530; V. LOPI-LATO, *Commento*, cit., 321; B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1384. Invece E. FOLLIERI, *Le azioni*, cit. 205 s., ravvisa nella previsione della decadenza per il solo ricorrente una violazione del «giusto processo», che a norma dell'art. 111 Cost. «si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità», e ipotizza che «il controinteressato potrebbe eccepire la nullità, nel termine di 180 giorni dalla piena conoscenza, notifica o comunicazione dell'atto». Anche E. CASETTA, *Manuale*, cit., 857, osserva che nella disposizione non si parla dei controinteressati, «sicché l'eccezione della nullità si configura come un «monopolio» dei soggetti pubblici, forse addirittura in contrasto con il principio di parità delle parti nel processo». Assumendo, tuttavia, che possa ricorrere contro l'atto nullo solo il titolare di un interesse pre-

o amministrativo)³⁵.

7. – Resta da dire della speciale disciplina delle nullità per violazione o elusione del giudicato dettata dall'art. 114, comma 4, del codice del processo amministrativo.

Tale comma prevede che il giudice amministrativo, quando accolga il ricorso per l'ottemperanza, sempre proponibile nel termine prescrizionale di dieci anni³⁶, tra l'altro «dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato» (lettera b) e «nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione» (lettera c). La violazione o elusione sarà, dunque, conosciuta principaliter nel primo caso e incidenter tantum nel secondo, con la conseguenza che solo nel primo la pronuncia dichiarativa della nullità potrà acquisire forza di giudicato e avrà (essendo relativa ad un atto e non ad un rapporto soggettivo) la stessa efficacia erga omnes (sempre salva l'opposizione di terzo) delle pronunce di annullamento.

Sembra pertanto necessario che il ricorso per l'ottemperanza sia notificato, oltre che «alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza della cui ottemperanza si tratti» come previsto dal comma 1 dell'art. 114, anche agli altri eventuali controinteressati alla declaratoria di nullità dell'atto per violazione o elusione del giudicato.

Può, infine, osservarsi che la ricordata disposizione di cui alla lettera c) del comma 4, secondo la quale il giudice dovrà non dichiarare nulli ma limitarsi a considerare inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione «di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti» (per la cui attuazione può proporsi, a norma dell'art. 112, l'azione di ottemperanza)³⁷, fondandosi sulla modificabilità del parametro (che, appunto, non ha la stabile consistenza del giudicato) non sembra riferibile ai provvedimenti che nell'elenco di cui all'art. 112 sono indicati come «equiparati» alle sentenze passate in giudicato. Anche per essi dovrebbe, dunque, valere la disciplina di cui alla lettera b).

tensivo il cui soddisfacimento è impedito dall'atto come lo sarebbe dal silenzio, l'intervenuta decadenza non esclude che lo stesso soggetto possa eccepire la nullità quale controinteressato rispetto a chi agisca per l'esecuzione dell'atto. Anzi, si può forse giungere a ritenere che neppure a chi abbia perso nel merito il ricorso per la declaratoria della nullità sia precluso eccepire quest'ultima in veste di controinteressato, non essendo essa sanabile dal giudicato, che può rendere certa l'inefficacia dell'atto ma non può crearlo dal nulla.

³⁵ Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2011 n. 5799 (in *Giur. it.* 2012, 1434 ss., con nota di S. CIVITARESE MATTEUCCI) giunge ad escludere che la nullità possa essere «rilevata ex officio dalla pubblica amministrazione», sul presupposto che il c.p.a. attribuirebbe tale compito «al solo giudice». Ma in senso contrario cfr. ora Cons. St., Sez. VI, n. 3039/2012, cit.

³⁶ Sicché, come riassume E. FOLLIERI, *Le azioni*, cit., 203, il c.p.a. detta un «quadruplo regime della nullità, imprescrittibile per la pubblica amministrazione, soggetto ad un termine decadenziale di 180 giorni o prescrizionale di dieci anni per il ricorrente e sempre rilevabile d'ufficio dal giudice».

³⁷ Per S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, in F.G. SCOCA (a c. di), *Giustizia*, cit., 588, «la previsione sembra sottendere un potere di *disapplicazione* del giudice amministrativo non dissimile da quello assegnato al giudice ordinario dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, All. E, e dall'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001».