



**“LA NULLITA’ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO
PER MANCANZA DEGLI ELEMENTI ESSENZIALI”**

DOTTORATO DI RICERCA IN

“STORIA E DOTTRINA DELLE ISTITUZIONI”

- XXII CICLO -

- GIANLUIGI CONSOLI -

Cattedra di Diritto Amministrativo

Tutor: Chiar.mo Prof. Maurizio Cafagno

Indice degli argomenti

INTRODUZIONE **p. 6**

CAPITOLO I

LA STRUTTURA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

- 1) *Il provvedimento, le teorie ricostruttive e l'influenza di queste sul concetto di nullità (strutturale e non)* **p. 15**

- 2) *Il difficile percorso interpretativo imposto dall'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990. Basi di una teoria* **p. 21**

- 3) *Un nodo preliminare da affrontare: l'individuazione degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Teorie a confronto e mancanza di certezze* **p. 28**

- 4) *(Segue) Il soggetto* **p. 39**

- 5) *(Segue) L'oggetto* **p. 43**

- 6) *(Segue) La forma* **p. 47**

- 7) *(Segue) La volontà* **p. 53**

- 8) *(Segue) La causa (rinvio)* *p. 57*
- 9) *Elementi essenziali...rinominati* *p. 60*

CAPITOLO II

LA RICERCA DELL'ESATTO INQUADRAMENTO DELLA NULLITA' STRUTTURALE NELL'ATTUALE ORDINAMENTO

- 1) *La nullità strutturale ed i residui, ipotizzabili, casi di
inesistenza provvedimento* *p. 63*
- 2) *L'efficacia del provvedimento e la nullità strutturale: il
rapporto tra struttura e funzione* *p. 72*
- 3) *La scelta del legislatore operata nel 2005 segna una cesura
con il passato* *p. 86*

CAPITOLO III

IL PROBLEMA DELLA ILLICEITA' DEGLI ELEMENTI ESSENZIALI ED IL TRATTAMENTO A QUESTA RISERVATA NELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO

- 1) *Le ragioni dell'indagine sull'illiceità* *p. 98*

- 2) *Chiarificazione dei dubbi sulla presenza o meno di causa ed oggetto tra gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo* **p. 109**
- 3) *Parallelismo tra l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 e l'art. 1418, secondo comma, del codice civile: il trattamento riservato alla violazione della norma imperativa nel diritto amministrativo* **p. 118**
- 4) *(Segue) l'ordine pubblico ed il buon costume* **p. 130**
- 5) *I caratteri dell'oggetto (possibilità, determinatezza e determinabilità) nell'ambito contrattuale al difficile banco di prova della disciplina provvedimentoale* **p. 143**

CAPITOLO IV

RIMEDI PROCESSUALI E NON PER CONTRASTARE LA NULLITA' STRUTTURALE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

- 1) *La giurisdizione sul provvedimento amministrativo nullo: le incertezze della dottrina, la posizione della giurisprudenza, la ricostruzione ipotizzabile* **p. 153**
- 2) *L'azione di nullità e la disciplina processuale* **p. 167**
- 3) *L'amministrazione di fronte al provvedimento nullo: i procedimenti di secondo grado (I) e la responsabilità (II). L'ipotesi del diritto di resistenza in capo al privato (III)* **p. 192**

CONCLUSIONI

p. 221

BIBLIOGRAFIA

p. 229

GIURISPRUDENZA RICHIAMATA

p. 254

INTRODUZIONE

L'interesse per la nullità strutturale del provvedimento amministrativo, che ha dato vita al presente lavoro, ha numerose matrici. L'idea di confrontarsi con tematiche che, nell'ambito del diritto amministrativo, non hanno mai goduto di una eccessiva visibilità e la consapevolezza che, per mano del legislatore del 2005, la dimensione dell'istituto potesse trovare nuovo vigore, hanno accompagnato l'opera di ricerca e di ricostruzione dell'istituto.

L'interesse, che ha fatto da sfondo all'approfondimento finalizzato alla stesura di questa tesi di dottorato, si è focalizzato su vari aspetti che verranno a dipanarsi lungo tutti i capitoli che compongono il presente lavoro. A tal proposito, la direttrice che ha guidato l'intera impostazione teorica è da rinvenirsi nella preliminare ricostruzione dell'istituto, seguita dalla valutazione dei cambiamenti normativi e nella (probabilmente, più ardua) comprensione della reale portata del fenomeno della nullità strutturale nel nostro ordinamento.

Come molte volte avviene, l'esito della ricerca dà luogo a più interrogativi di quanti ve ne fossero all'atto dell'intrapresa, tuttavia (senza voler, con ciò, "mettere le mani avanti") si tenterà di valutare in modo critico l'istituto oggetto di attenzione, cercando di fornire nuove chiavi di lettura, a fronte (come si vedrà) di una notevole

frammentarietà di opinioni in dottrina e di una altrettanto notevole scarsità di pronunce giurisprudenziali.

Non si fa mistero di quanto sia stata laboriosa e (spesse volte) intricata l'opera di ricerca e soprattutto di ricostruzione dell'istituto della nullità strutturale del provvedimento amministrativo, tuttavia non si può non notare come l'argomento (più di ogni altro) meriti tale sforzo e tale dedizione, in virtù di caratteristiche che lo rendono, senza dubbio, nuova frontiera delle invalidità nel diritto amministrativo.

L'iniziativa di una riflessione sulla nullità, invero, si deve anche all'opera del legislatore; infatti, l'interesse nei confronti di tale tipologia di invalidità è rifiorito solo dopo le modifiche apportate alla legge fondamentale sul procedimento, intervenute nel corso del 2005. Tale anno ha segnato una tappa di rilievo nell'iter di ammodernamento, e forse trasformazione, del diritto amministrativo. Con legge n. 15 del 2005 e, successivamente, con d.l. n. 35 del 2005, convertito con legge n. 80 del 2005, la legge n. 241 del 1990 viene modificata profondamente e, quel che più interessa in questa sede, viene affiancato all'originario impianto di disciplina del procedimento amministrativo, anche la regolamentazione di aspetti rilevanti del provvedimento (ovvero, l'atto conclusivo del procedimento).

Il nuovo capo IV bis, rubricato "efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso" accoglie in suo seno l'art. 21 septies regolante la nullità del provvedimento. Fino al 2005, tale ultima forma di invalidità

era rimasta “nell’ombra”, sacrificata sull’altare della ben più stimolante categoria dell’annullabilità, che maggiormente si addice alla conformazione dell’esercizio dei pubblici poteri.

Invero, come più sopra si è fatto cenno, tale novità legislativa è stata uno stimolo insostituibile alla decisione di dedicare tale tesi alla nullità ed anche un sicuro riferimento per la ricerca che ne è seguita. Tutte le modifiche dell’ordinamento, infatti, portano l’interprete ad interrogarsi sulla collocazione della nuova norma all’interno dell’equilibrio complessivo del sistema e l’art. 21 septies non è stato da meno. Certamente, gli interrogativi, se tale ultimo articolo fosse davvero necessario nella sistematica del moderno diritto amministrativo e se tale disciplina fosse intervenuta a completare o (piuttosto) a turbare l’equilibrio del sistema, hanno fatto da sfondo al lavoro di ricerca e (si spera) potranno trovare risposta (pur tenendo presente quanto osservato in premessa) nel presente lavoro.

La nullità (strutturale e non) del provvedimento amministrativo, come si è potuto evincere già dalle prime battute, sta vivendo una “seconda giovinezza” solo a seguito delle modifiche normative da ultimo intervenute; prima di allora, la tematica della nullità veniva affrontata unicamente in ragione di specifiche norme che la prevedessero (nullità testuale) e, prima del 1992, anche con un certo attecnicismo, che la rendeva particolarmente contigua alla più collaudata categoria della annullabilità. Oltre a ciò, ovvero alle nullità testuali, non si può far a meno di notare che l’istituto della nullità in diritto amministrativo, non potendo vantare alcun appiglio normativo di qualificazione generale di tale forma

di invalidità (differentemente che nella sistematica del codice civile), subiva la costante equiparazione (se non proprio assimilazione) alla categoria della inesistenza.

A seguito dell'introduzione dell'art. 21 septies, la nullità del provvedimento amministrativo ha ripreso (o forse, per la prima volta guadagnato) la propria autonoma dignità, almeno dal punto di vista teorico-normativo. Tale circostanza, tuttavia, lungi dal determinare una chiarificazione nei rapporti tra le forme di invalidità e dallo sciogliere ogni dubbio sulla reale portata della nullità nel sistema amministrativistico, ha determinato notevoli dibattiti dottrinali e palesi incertezze pretorie, accomunate dal tentativo di ritagliare una giusta dimensione al fenomeno.

Le questioni aperte sono, quindi, molteplici; il presente lavoro, tuttavia, si prefigge di affrontarne solo alcune, legate in particolar modo alla struttura del provvedimento. Proprio tale aspetto costituisce il *proprium* dell'opera ricostruttiva effettuata; infatti, il capitolo di esordio della tesi si soffermerà sugli elementi essenziali (o pretesamene tali) del provvedimento, nella ferma convinzione che, lungi dal voler effettuare una mera carrellata di teorie, la riproposizione degli elementi essenziali e la loro analisi si rendono necessari in virtù di un disposto normativo che espressamente li richiama (ciò che, come rilevato, non avveniva in passato).

Un indubbio fattore di problematicità è rappresentato dalla interpretazione del nuovo art. 21 septies, il quale, pur

comminando una sanzione di estrema gravità per l'intero ordinamento, e per quello amministrativo in particolare, rinuncia ad enucleare gli elementi la cui mancanza comporterebbe la nullità del provvedimento. Di fronte ad un disposto normativo di tal fatta, non può che sorgere, ancora una volta, il dubbio se trattasi di lacuna (che legittimerebbe il ricorso all'analogia), oppure di una esplicita volontà del legislatore. In tale ultima ipotesi, la norma, ragionevolmente, resterebbe lettera morta, perché andrebbe a sanzionare con la nullità la mancanza di ciò che in nessun modo definisce, né indica (seppur per rinvio). E' ipotizzabile, come si vedrà nel prosieguo, che gli elementi essenziali siano quelli fatti propri dalla sedimentazione tanto di scritti di autorevoli autori, quanto di sentenze del giudice amministrativo. Senza voler anticipare argomentazioni e conclusioni che dovranno articolarsi nel corpo della tesi, resta la perplessità (condivisa, invero, dalla più gran parte dei commentatori) sulla tecnica normativa utilizzata dal legislatore del 2005, il quale, a fronte della sanzione più grave prevista per l'ordinamento, rinuncia ad enucleare un pur minimo indizio che possa rilevare quali siano gli elementi essenziali del provvedimento, devolvendo di fatto all'opera pretoria, non solo il suo tradizionale ruolo interpretativo, ma una potestà ipoteticamente creatrice assai più rilevante. Stando così le cose, infatti, ciascun elemento essenziale che la giurisprudenza plasmerà si tramuterà, sul fronte delle invalidità, in un vizio di nullità, che avrà supporto legislativo generico o, comunque, insufficiente.

L'individuazione degli elementi, poi, costituisce argomento pregiudiziale ad un altro campo ove la presente ricerca si impunterà, ovvero la collocazione delle ipotesi di illiceità dei singoli elementi nell'ambito della nullità o piuttosto dell'annullabilità provvedimentoale.

Si cercherà, a tal riguardo, di comprendere quali siano i meccanismi giuridici, logici e sistematici preposti alla collocazione delle ipotesi di illiceità nell'una o nell'altra categoria di invalidità. Per far ciò, si dovrà ragionare sulla natura che, all'interno della disciplina provvedimentoale, l'art. 1418 del codice civile dovrà assumere. Si ci farà carico, pertanto, di argomentare nel senso che la norma civilistica sia solo in parte applicabile alla realtà provvedimentoale; ciò per ragioni di ordine ricostruttivo, sistematico e non solo.

Per vero, le argomentazioni che verranno ad esporsi nel testo che seguirà alla presente introduzione, non potranno che passare, ad un certo punto, dal particolare al generale. Ciò perché dovranno affrontarsi anche tematiche che abbracciano la nullità propriamente intesa e che non riguardano la sola fattispecie della nullità strutturale. Il rimando attiene, propriamente, alla disciplina del provvedimento nullo, che, (ancora una volta) in carenza di esplicito dato normativo, comporta una evidente difficoltà nella ricostruzione teorica. Si presenta anche qui la (scontata) alternativa tra l'applicazione analogica dei principi civilistici in tema di nullità ed il sostanziale pericolo di svuotamento dell'istituto. A tal riguardo, la ricerca non può esimersi dal verificare, in caso di necessaria

applicazione analogica degli istituti civilistici, quale sia (e se vi sia) un limite a questa.

Lungo la stessa logica si pongono altre questioni come la giurisdizione sul provvedimento nullo, ove (come si vedrà) sono nate la più accese dispute in dottrina (meno in giurisprudenza). Corollario processuale alla tematica della giurisdizione è, evidentemente, l'ammissibilità o meno dell'azione, e della conseguente sentenza, di mero accertamento nel processo amministrativo; il tutto complicato dall'assenza, dal punto di vista processuale, di una norma che si occupi di nullità. Anche tale questione troverà spazio nelle pagine che seguiranno. Non meno che la, spesso trascurata, plausibilità, da parte del soggetto inciso che si trovi di fronte ad un provvedimento nullo, di far ricorso al diritto di resistenza. Su tali basi, conseguentemente, non mancheranno le riflessioni sull'imperatività del provvedimento amministrativo e se, nella fattispecie, il provvedimento nullo può dirsi sprovvisto.

Quanto fin qui riferito è solamente una breve ricognizione preliminare di quello che si andrà a sviluppare nel corpo della tesi. Si è ritenuto, tuttavia, opportuno un cenno introduttivo per (da un lato) facilitare la lettura del lavoro che seguirà e (dall'altro) per avvertire che trattasi di percorso "sdrucchiolevole", irto di insidie e di problematiche da approfondire e sviscerare, ma nonostante ciò particolarmente interessante per chiunque si confronti con queste tematiche.

Pare opportuno, al termine della presente fase introduttiva, dare conto di come si articolerà il percorso argomentativo e la scansione delle tematiche, di cui in parte si è già fatto cenno, all'interno della struttura che si andrà ad elaborare.

Il capitolo d'apertura, come rilevato, si occuperà di individuare gli elementi essenziali del provvedimento, dando conto delle principali teorie, non tralasciando, ove possibile, ipotesi ricostruttive e prese di posizione. Si darà spazio, inoltre, ad un primo approccio alle problematiche offerte dall'istituto in esame, nonché alle vicende legate all'approvazione parlamentare dell'art. 21 septies, senza trascurare di mettere in rilievo anche le principali teorie sul provvedimento, che risultano utili, se non indispensabili, per comprendere quanto la nullità strutturale abbia costituito una novità di estremo interesse.

Il secondo capitolo affronterà, preliminarmente, la questione legata al rapporto tra la categoria della nullità e quella dell'inesistenza, che, come già rilevato, si è, per lungo tempo, caratterizzata da stretta contiguità, se non totale assimilazione. Si dedicherà spazio, poi, alla caratterizzazione più celebre della nullità, ovvero la sua inidoneità a produrre effetti. A tal riguardo, si rifletterà sul rapporto tra struttura e funzione, così come disegnato dal legislatore del 2005.

Nel terzo capitolo, nella sua completa stesura, si avrà modo di approfondire un passaggio particolarmente delicato della disciplina della nullità, ovvero la collocazione della illiceità, nonché il tema del quantum di disciplina civilistica sia

trasponibile nell'orbita provvedimentoale, in sintonia con quanto già sopra riferito. Si avrà modo di riflettere, pertanto, anche su elementi quali la causa e l'oggetto ed, in particolare, si chiarirà se la causa possa essere qualificata come elemento essenziale di un provvedimento e se l'oggetto, così come inteso nell'ambito amministrativo, possa dirsi del tutto assimilabile a quello di matrice civilistica.

Il capitolo di chiusura verterà principalmente su questioni attinenti l'applicabilità dell'istituto della nullità strutturale e, conseguentemente, l'attenzione sarà rivolta al fondamentale rilievo della giurisdizione, che fa da prologo a temi altrettanto notevoli, quali la percorribilità, nell'ambito della giustizia amministrativa, dell'azione di nullità. Riflessioni saranno dedicate anche al diritto di resistenza, come già si è fatto cenno più sopra, alla responsabilità per atto nullo ed alla plausibilità dei provvedimenti di secondo grado che incidano su atti nulli. Tutte queste tematiche, infatti, danno la tara dei consistenti problemi applicativi che l'istituto, oggetto della presente tesi, pone.

Le conclusioni, che si licenzieranno al termine del lavoro, raccoglieranno gli spunti che l'elaborato avrà offerto e tireranno le fila dell'intera disciplina del provvedimento nullo perché mancante degli elementi essenziali. Non potranno mancare, in questa sede, stimoli, proposte e prospettive, che servano a rendere sempre più definito (o, comunque, meno accidentato) il percorso che conduca ad un corretto inquadramento della nullità strutturale.

CAPITOLO I

LA STRUTTURA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1) *Il provvedimento, le teorie ricostruttive e l'influenza di queste sul concetto di nullità (strutturale e non)*

Affrontare l'ambito tematico della nullità strutturale implica, come naturale presupposto logico, avere una chiara visione sull'essenza del provvedimento amministrativo. Questo, unanimemente ritenuto quale atto terminale del procedimento amministrativo, è l'ordinaria modalità attraverso la quale la pubblica amministrazione interagisce con i consociati e ne determina, così, l'ampliamento o la restrizione della sfera giuridica¹. Non si conoscono, ad oggi, casi di rifiuto di tale categoria, plasmata e definita dall'opera impareggiabile di Massimo Severo Giannini².

Invero, se la categoria come tale non è sottoposta a critiche, quanto alla sua sussistenza e necessità nell'ordinamento amministrativo, diversamente la sua dimensione giuridica è stata oggetto di diverse teorie, che, in via sintetica, possono

¹ F. G. Scoca, *la teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto Amministrativo* n. 1 del 1995; R. Villata e M. Ramajoli, *il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.

² M.S. Giannini, *lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950; M. S. Giannini, *il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

suddividersi in due grandi tronconi: la teoria negoziale (o pandettistica) e la teoria pubblicistica (o panpubblicistica o autonomista).

Come noto, l'elaborazione concettuale attinente il diritto amministrativo (ed, in particolare, il provvedimento amministrativo) è molto meno risalente rispetto alle elaborazioni civilistiche, che riguardano il negozio giuridico. In virtù di ciò, la dottrina, che per prima ha avuto modo di occuparsi del provvedimento, ha plasmato quest'ultimo mutuando le categorie che provenivano dalla pandettistica. L'opera di Cammeo e di Ranelletti, a tal riguardo, sono esemplificative³. Il “negozio giuridico di diritto pubblico” veniva costruito in stretta aderenza al negozio di diritto privato, dando un risalto peculiare tanto ai vizi della volontà, quanto all'aspetto strutturale nella costruzione del provvedimento amministrativo⁴. In tal modo, proprio il provvedimento amministrativo, pur vivendo una vita sua propria, non era dotato di una reale autonomia e soprattutto non veniva a caratterizzarsi ed a differenziarsi con la diversa figura del negozio giuridico⁵.

A far ciò provvide l'egregio contributo dell'autore già citato, che pose in risalto le differenze ontologiche tra provvedimento e negozio, evidenziando l'aspetto (e, quasi,

³ F. Cammeo, *corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960; F. Cammeo, *i vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *giurisprudenza italiana*, 1913, p. 115; O. Ranelletti, *teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; M. Tiberii, *la nullità e l'illecito, contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2003, p. 10 e ss..

⁴ A. Bartolini, *la nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

⁵ F. Galgano, *il contratto*, in *contratto e impresa*, n. 3 del 2007, p. 717 e ss..

la vocazione) funzionale del provvedimento. In sostanza, dall'opera di Giannini in poi, le teorizzazioni sul provvedimento ebbero a staccarsi sempre più dalla costruzione negoziale, per acquisire una dimensione autonoma nell'ambito del diritto pubblico⁶. L'evoluzione si ebbe sulla base della rilevanza attribuita alla funzione peculiare del provvedimento amministrativo (che formerà oggetto di apposito paragrafo nel presente lavoro), che contribuisce a distaccare le due ipotesi ricostruttive. Infatti, il provvedimento amministrativo parte da diversi presupposti rispetto al negozio giuridico e, soprattutto, è dominato dall'interesse pubblico e da norme imperative⁷, che mal si adattano (non sempre, in verità) con l'autonomia negoziale espressione del negozio giuridico.

La riproposizione delle due teorie, come sopra riportate, si rende necessaria in quanto, a fronte della sostanziale diversità di concezione del provvedimento amministrativo delle due posizioni, è da registrare anche un differente rilievo attribuito alla nullità, a seconda dell'adesione all'una piuttosto che all'altra teoria. La teoria negoziale, riportando i vizi del provvedimento amministrativo ai vizi del negozio giuridico, legittima la nota tripartizione tra nullità testuali, strutturali e virtuali: le prime derivanti dalla violazione di norme assistite dall'espressa comminatoria di nullità; le seconde derivanti dalla mancanza, impossibilità o illiceità di uno degli elementi o requisiti essenziali del provvedimento

⁶ M. S. Giannini, voce *atto amministrativo*, in *enciclopedia del diritto*, Milano, 1959.

⁷ D. Ponte, *la nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 19.

amministrativo; le ultime derivanti dalla violazione di norme imperative che, pur non accompagnate dall'espressa comminatoria di nullità, non sono assistite da altra sanzione con conseguente riferimento alla regola generale di cui all'art. 1418 del codice civile⁸. A tale impostazione, ha reagito la teoria pubblicistica o autonomista, la quale, non dando rilievo all'aspetto strutturale del provvedimento, ha teso a negare la possibile utilizzazione della categoria della nullità strutturale, sull'assunto che i casi di nullità strutturale provochino, il più delle volte, una mera annullabilità, mentre, nei casi più gravi, l'inesistenza dell'atto. Stesso rilievo è stato effettuato per la nullità virtuale, sulla base della circostanza che la violazione delle norme imperative provoca (per antonomasia) l'annullabilità del provvedimento per violazione di legge. Residuerrebbero le rare ipotesi di nullità testuale, le quali (almeno prima del 1992) erano comunque riportate (seppur forzatamente) alla categoria dell'annullabilità.

Da considerare, ancora, una tesi intermedia tra le due finora proposte; tale ultima tesi accoglie la possibilità della nullità strutturale e testuale (oltre che per carenza di potere in astratto ed in concreto), ma nega, per le medesime ragioni sopra addotte, la plausibilità della nullità virtuale⁹.

Dal quadro sopra riassunto, si può comprendere come, in mancanza di precisi riferimenti normativi, la dottrina abbia condotto il proprio naturale percorso evolutivo teso ad una

⁸ D. Ponte, *op cit.*, p. 18.

⁹ R. Giovagnoli e M. Fratini, *le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, tomo II, Milano, 2007, p. 295 e ss..

esatta qualificazione del provvedimento amministrativo e, conseguentemente, della riconduzione ad esso della categoria generale della nullità; ciò, potendosi orientare solo con gli scarni dati legislativi riferentisi alla cosiddetta nullità testuale.

L'interesse nella ricostruzione delle teorie sul provvedimento e sulla nullità è un dato necessario, ai fini del presente lavoro, in quanto l'evoluzione, come visto, trova il suo punto di maggior rigore nell'opera di Giannini. Dopo tale contributo, il provvedimento tese ad essere sempre più visto (anche dalla giurisprudenza) come del tutto scisso dal negozio giuridico. Va osservato, invero, che, anche dopo l'influsso di Giannini, la categoria della nullità non fu espunta dall'ordinamento amministrativo e dalle pronunce dei giudici; visse, tuttavia un periodo di "torpore" e di sostanziale assimilazione alla contigua figura dell'inesistenza. Campo privilegiato per questa discutibile elaborazione fu proprio la fattispecie del provvedimento carente degli elementi essenziali. D'altro canto, persino il grande autore mai negò l'esistenza di elementi essenziali che componessero il provvedimento¹⁰, tuttavia questi non assumevano una portata così rilevante come nel mondo del diritto civile, per via della funzione attribuita dalla legge (e, si potrebbe dire, anche dai principi generali) al provvedimento amministrativo¹¹.

¹⁰ M. S. Giannini, voce *atto amministrativo*, già cit..

¹¹ F. G. Scoca, *op. cit.*, p. 7 e ss., secondo il quale il provvedimento amministrativo si definisce non già in base alla struttura, ma in base alla sua funzione ed al ruolo che esso riveste nell'ambito del procedimento amministrativo. In conseguenza di ciò, i vizi strutturali perdono notevolmente di rilevanza.

Il dato che maggiormente colpisce consiste nell'osservare come, alle soglie dell'anno 2005, si era trovato un sostanziale equilibrio di massima nel sistema, quantunque basato su una visione, probabilmente, eccessivamente superficiale del panorama delle invalidità nel diritto amministrativo. All'indomani dell'opera ricostruttiva di Giannini, dottrina e giurisprudenza avevano aderito alla visione funzionale del provvedimento amministrativo, con la ovvia conseguenza di portare in trionfo la categoria dell'annullabilità, relegando la nullità, oltre che negli stretti confini delle singole disposizioni che la prevedevano, anche in un sostanziale limbo fatto di stretta aderenza all'inesistenza e di usuale intercambiabilità tra vizi di nullità e vizi di annullabilità¹². Nonostante ciò, non può dirsi (in assoluto) che il sistema non reggesse; tale equilibrio era fissato da rare pronunce di nullità (per lo più, come evidenziato, riportabili alle nullità testuali), da una abbondante ed anche ovvia dose di pronunce di annullabilità (anche nelle fattispecie che, almeno oggi, sarebbero al confine tra le due tipologie di invalidità) e da una non trascurabile superficialità nel trattare i confini distintivi tra nullità ed inesistenza, si pensi alle ipotesi di carenza di sottoscrizione del provvedimento.

¹² T. Capitanio, *nullità del provvedimento amministrativo*, in *le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, 2005, p. 779 ove l'A. ricorda come la nullità sia stata comminata soprattutto nelle varie leggi di risanamento della finanza pubblica emanate a partire dalla metà degli anni '70 e soprattutto in relazione alle vicende del pubblico impiego; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 352.

2) *Il difficile percorso interpretativo imposto dall'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990. Basi di una teoria.*

Al 2005, “lo stato dell’arte” era quello descritto nel precedente paragrafo. La concezione (o meglio, la costruzione) del provvedimento amministrativo avveniva sulla base di teorie funzionalistiche, nella convinzione che l’autonomia del provvedimento amministrativo rispetto all’assetto negoziale fosse una acquisizione da difendere e tutelare. Peraltro, tale rilievo aveva dato prova di sé, facendo in modo che l’equilibrio (di cui si è fatto cenno) durasse a lungo. Le figure di nullità testuale continuavano a persistere e, contestualmente, si negava cittadinanza alla nullità virtuale ed a quella strutturale, seppur, quanto a quest’ultima, con gli opportuni distinguo.

Venne, tuttavia, il 2005, o meglio, la legge n. 15 del 2005 che, con il d.l. n. 35 del 2005 convertito con legge n. 80 del 2005, ha contribuito ad un’opera di profonda riforma del diritto amministrativo, anche se, è opportuno precisare, molto aderente alla pregressa giurisprudenza (almeno nella maggior parte dei casi). Con la legge n. 15 del 2005 si è inserito, nel corpo della legge n. 241 del 1990, un intero capo (il IV bis) dedicato all’”efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso”. In tal modo, con l’inserzione di tale capo, la legge n. 241 del 1990 passa dall’essere legge sul procedimento amministrativo all’essere legge sul provvedimento amministrativo (o

meglio, anche legge sul provvedimento amministrativo). Ai fini che in questa sede interessano, è da registrare l'avvenuta introduzione, nel testo della legge sul procedimento, dell'art 21 septies, che testualmente recita: *"1: E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adattato in violazione o elusione di giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione di giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"*¹³.

Si comprende, già da una lettura superficiale del dato normativo, quale sia la portata innovativa della riforma del 2005. Il primo comma dell'art. 21 septies, infatti, introduce, *expressis verbis* e per la prima volta nell'ordinamento amministrativo italiano, la nullità strutturale del provvedimento amministrativo. Dunque, sulla base del nuovo disposto legislativo, il provvedimento che manchi degli elementi essenziali è sanzionato con la nullità. E' sorto, quindi, più di un dubbio sulla sopravvivenza dell'inesistenza del provvedimento amministrativo (se ne parlerà nei prossimi capitoli), ma sono sorti anche interrogativi sul perché il legislatore abbia sentito il bisogno (o semplicemente l'opportunità) di inserire un dato legislativo di tal fatta. L'opera ricostruttiva e di

¹³ Sentenza TAR Lazio, Roma, 9 febbraio 2009, n. 1337, che ribadisce che le cause di nullità costituiscono un numero chiuso; *idem*, sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6832, sulla non deducibilità della violazione del diritto comunitario quale causa di nullità.

interpretazione delle intenzioni del legislatore è certamente ardua, anche se, con l'ausilio di talune riflessioni, è possibile (si ritiene) risalire alle ragioni che hanno indotto il legislatore del 2005 a disciplinare per la prima volta la nullità.

Indubbiamente, non si va lontano dal vero se si afferma che, con l'art. 21 septies, il legislatore abbia voluto sanzionare con la tipologia di invalidità più grave talune fattispecie che l'ordinamento mal tollera. Tuttavia, si ritiene che tale (pur giusta) osservazione non sia sufficiente ai nostri fini. Probabilmente, infatti, le ragioni sono più profonde e strutturali. Il disegno complessivo della riforma, a tal riguardo, potrebbe rivelarsi particolarmente utile per effettuare una riflessione misurata, ma anche persuasiva. Infatti, a ben vedere, l'impianto generale della riforma introdotta con legge n. 15 del 2005 apporta rilevanti modifiche, molte delle quali di chiara matrice privatistica o che, meno categoricamente, palesano un *favor* nei confronti degli istituti ciclistici. La riprova di ciò può andarsi a trovare in esempi quali: l'art. 1, comma 1 bis, della legge sul procedimento, l'attuale formulazione dell'art. 11 della medesima legge, l'art. 20 sul silenzio assenso (che rende il silenzio modalità ordinaria dell'*agere* pubblico nei procedimenti ad istanza di parte di cui al comma 1), l'art. 21 sexies sul recesso dai contratti. Gli istituti appena riportati sono esemplificativi della preminente matrice civilistica che ha ispirato la riforma del 2005. Su queste basi è stato impostato anche l'assetto delle invalidità. Per quanto riguarda l'annullabilità di cui all'art. 21 octies, non può

certo dirsi rilevante l'influsso civilistico, se si eccettua la teoria del raggiungimento del fine sulla base della quale è stato interpretato il secondo comma dell'articolo in questione (per vero, principio maggiormente aderente alle impostazioni processuali); la riforma dell'annullabilità ha seguito, pertanto, una linea più aderente alla giurisprudenza pregressa ed alla esigenza di tutelare l'operato dell'amministrazione dai vizi "bagattellari".

Diversa impostazione è stata seguita per la nullità. La carenza di una corposa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul tema (circostanza, come si è visto, non certo comune al vizio di annullabilità) ha legittimato l'influsso privatistico sulla disciplina che ci occupa. D'altro canto, la volontà di restare fedele, per quanto possibile, a dati che abbiano un riscontro, obbliga a tener conto di indici interpretativi quantomai espliciti. Ci si riferisce, a tal proposito, alla relazione al progetto di legge n. 6844, presentato dall'On. Prof. Vincenzo Cerulli Irelli nella XIII legislatura, ove si legge chiaramente che la nuova normativa mira ad introdurre *"una disciplina giuridica di carattere generale in materia di nullità del provvedimento amministrativo, tale disciplina riprende in gran parte i principi di teoria generale sulla nullità dell'atto giuridico, e segnatamente le disposizioni del codice civile sulla nullità del contratto... omissis"*¹⁴.

¹⁴ Il progetto di legge n. 6844 proponeva, all'art. 8, il seguente testo: "1. E' nullo il provvedimento amministrativo: a) che è stato adottato in carenza della forma richiesta *ad substantiam*; b) che è stato adottato in carenza di oggetto o contenuto determinati o determinabili; c) che è destinato a soggetto inesistente. 2. E' altresì nullo il provvedimento amministrativo nei casi indicati dalla legge."; M. Balloriani, *nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico tra privato e autorità: la*

Invero, il progetto di legge n. 6844 non ha avuto fortuna, diversamente dal progetto n. 3890 della XIV legislatura, presentato dagli On. Sig.ri Silvio Berlusconi e Franco Frattini, di concerto con il ministro per gli Affari Regionali Enrico La Loggia¹⁵; tuttavia, è pur sempre forte l'influsso delle ragioni che spinsero, già nel progetto precedente, ad introdurre la categoria della nullità¹⁶.

Dunque, il legislatore, nella malcelata idea di fondo che la riconduzione a principi privatistici potesse far meglio funzionare la macchina amministrativa, introduce nell'articolato della legge n. 241 del 1990 vari aspetti di matrice civilistica, compresa la disciplina della nullità. Tale operazione, tuttavia non è risultata "a costo zero". Infatti, tale riforma della nullità si è innestata sull'equilibrio preesistente, di cui più sopra si è fatto cenno, ma, soprattutto, si è trovata a scardinare l'elaborazione che fino

tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche, in le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005, a cura di F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, 2005, p. 853.

¹⁵ Nella relazione n. 3890 – 1160 – 2574 – A si legge: "l'articolo 21-*septies* reca la disciplina della nullità del provvedimento amministrativo. L'istituto della nullità non risulta attualmente sancito in via generale da alcuna norma di diritto positivo. L'unica norma di carattere generale espressamente diretta a definire il regime dell'invalidità amministrativa (articolo 26, testo unico delle norme sul Consiglio di Stato, articolo 3 legge istitutiva dei TAR) configura solo un regime di annullabilità e non di nullità. La disposizione, introducendo per la prima volta nell'ordinamento la disciplina generale della nullità, prevede, sulla base degli orientamenti prevalenti emersi in sede giurisprudenziale, tale forma di invalidità nei seguenti casi: mancanza degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo; difetto assoluto di attribuzione; violazione o elusione del giudicato; espressa previsione della legge. Si precisa inoltre che sono deferite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le questioni inerenti la nullità dei provvedimenti amministrativi per violazione o elusione del giudicato.

¹⁶ Anche nell'iter di approvazione del progetto di legge n. 3890 è stato ascoltato dalla Commissione Affari Costituzionali, in sede di audizione informale, il Prof. Vincenzo Cerulli Irelli; a tal proposito si veda http://leg14.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200306/0617/html/01/&pagpro=14n3&all=off&commis=01.

ad allora reggeva il sistema. La visione del provvedimento come funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico ed, in virtù di ciò, compatibile, tendenzialmente ed ordinariamente, al solo vizio di annullabilità (perché maggiormente votato a stabilizzare gli effetti del provvedimento stesso) e poco incline ad essere composto da elementi essenziali, la cui mancanza determini nullità, viene messa in crisi con la riforma intervenuta nel 2005.

Il legislatore, quindi, spezza l'equilibrio precedente e riconduce il provvedimento amministrativo alla costruzione negoziale. Invero, vi sono da registrare voci discordi in dottrina, che tendono ad assimilare la struttura del provvedimento amministrativo non al contratto, bensì alla sentenza. Tale orientamento, che risulta pur sempre degno di considerazione, pare non abbia avuto alcun seguito né in dottrina, né in giurisprudenza¹⁷, probabilmente anche perché eccessivamente slegato alle teorizzazioni tradizionali ed anche ai lavori preparatori che hanno portato alla riforma da ultimo intervenuta.

¹⁷ P. Carpentieri, *nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *giustizia amministrativa*, n. 5 del 2007, p. 931, ove si legge “ la tesi che qui si intende proporre, in estrema sintesi, è la seguente¹⁷: il provvedimento amministrativo ha poco a che vedere con il contratto; esso, invece, nel suo nucleo contenutistico essenziale, è decisione amministrativa ed ha perciò molto a che fare con la sentenza; la nullità (strutturale) del provvedimento amministrativo va dunque ricostruita, ove si cerchi un modello di riferimento per questo “nuovo” istituto, avendo riguardo soprattutto ai casi di nullità della sentenza, e molto poco o molto meno avendo riguardo ai casi di nullità del contratto (o del negozio giuridico unilaterale); in definitiva, così come avviene per la sentenza, per la quale la regola generale è che tutti i vizi si traducono in motivi di appello o di impugnazione (art. 161 c.p.c.), sono pochi i casi in cui la carenza strutturale dell'atto amministrativo ne determina (non l'annullabilità, ma) la nullità; questi (pochi) casi sono conoscibili dal G.O., in quanto riguardanti atti privi *ab origine* di effetti decisori e (quindi) dispositivi, e perciò stesso inadonei a costituire manifestazione di esercizio del potere pubblicistico”.

E' innegabile, anche per assonanza di termini, che l'art. 21 septies richiami l'art. 1418, secondo comma, del codice civile. Tuttavia, la conclusione che i due articoli siano del tutto simili è senza dubbio affrettata ed imprecisa. Le dizioni "è nullo il provvedimento che manca degli elementi essenziali, ..." e "producono la nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 ..." sono indubbiamente contigue, sussistono tuttavia visibili discrasie. Il titolo scelto per il presente paragrafo si spiega proprio in relazione a ciò. Infatti, se da un lato quanto fin qui argomentato (soprattutto in relazione ai lavori preparatori della legge n. 15 del 2005) depone a favore di una rinnovata strutturazione negoziale del provvedimento amministrativo, dall'altro è bene (per chiunque voglia indagare a fondo il problema) appurarsi se il rimando effettuato dall'art. 21 septies sia una pressochè totale devoluzione alla disciplina privatistica. Ebbene, senza voler con ciò anticipare temi che verranno trattati in diverse parti del presente lavoro e senza voler svilire il "dato negoziale" che si evince dall'art. 21 septies, non può non notarsi come la dizione "elementi" prevista dalla normativa in oggetto non sia del tutto assimilabile ai "requisiti" di matrice civilistica. Inoltre, una cosa è "la mancanza di uno dei requisiti"¹⁸, altro è dire "è nullo il provvedimento che manca

¹⁸ A. Falzea, *la condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 25 e ss., ove l'A. osserva che "la fattispecie, che risulta difettosa di qualche elemento o requisito, oppure presenta qualche elemento o requisito considerato dalla norma come incompatibile con la composizione giuridica del fatto, si dirà imperfetta. *Omissis*. La rilevanza giuridica, *omissis*, null'altro designa che l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, e si esprime perciò come *efficacia potenziale*: distinguendosi così dalla efficacia attuale, pur se avviene di solito che i due momenti coincidano". Tali osservazioni, quantunque assai datate, pare calzino bene tanto al contratto quanto al provvedimento.

degli elementi essenziali”, con ciò ingenerando il dubbio che sia necessaria la mancanza di più di un elemento per consentire l’operatività della nullità del provvedimento¹⁹.

Quanto osservato contribuisce a staccare la costruzione della nullità del provvedimento da un’ottica tutta aderente all’art. 1418 del codice civile²⁰; ciò sia per le innegabili differenze lessicali tra i due articoli in questione, sia perché l’art. 21 septies è palesemente meno articolato dell’art. 1418 del codice civile; tale aspetto, che si ritiene determinante per dare una giusta dimensione all’istituto della nullità strutturale, sarà ripreso e sviluppato nelle pagine che seguiranno.

3) *Un nodo preliminare da affrontare: l’individuazione degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Teorie a confronto e mancanza di certezze*

Era il 1993 quando Bruno Cavallo scriveva che “la teoria negoziale ha, *omissis*, spesso mostrato i suoi limiti quando

¹⁹ N. Paolantonio, A. Police, A. Zito a cura di, *la pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2006.

²⁰ M. Tiberii, *op. cit.*, p. 13, ove l’A. osserva come “si è dunque indagata solo quella parte dell’art. 1418, che commina la nullità in assenza di uno dei requisiti indicati nell’art. 1325 del codice civile, tralasciando, invece quasi del tutto, l’altra prospettiva, contenuta nel medesimo articolo 1418 del codice civile, secondo cui l’atto è nullo per causa illecita o per contrasto con norme imperative”. Tale affermazione, tuttavia, è compiuta prima della riforma del 2005, dato da tenere in considerazione.

ha dovuto scendere dall'affermazione teorica del principio invalidante (la mancanza di un elemento essenziale provoca la nullità ...) alla pratica individuazione di una credibile casistica”²¹. A distanza di qualche anno ormai, quello che sembrava un limite è divenuto necessità assoluta. Infatti, le elaborazioni sui pretesi elementi essenziali del provvedimento amministrativo hanno sempre “navigato a vista”, nel senso che non vi era, prima del 2005, né una dato legislativo che li individuasse, né una formale sanzione per la loro mancanza, per cui, trattatavasi, spesso, di puro esercizio di stile, che incontrava (come visto sopra) non poche difficoltà.

Come si è già avuto modo di argomentare, nel corso del 2005 la riforma della legge n. 241 del 1990 introduce la nullità strutturale del provvedimento; tralascia, tuttavia, di indicare quali siano gli elementi essenziali la cui mancanza, all'interno della struttura provvedimentale, determini la nullità. Ciò posto, non può che suscitare perplessità una norma, che sanziona con la nullità la mancanza di elementi che non solo non definisce, né elenca, ma per la cui individuazione non fornisce alcun indizio²². In tal modo, è concreto il rischio di svilire quelle che sono le presumibili ragioni da cui ha preso le mosse questa riforma; infatti, la ragione che nel 2005 ha indotto il legislatore ad introdurre la categoria della nullità strutturale è da individuarsi, sì in una

²¹ B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova 1993, p. 44; ripreso anche in A. Bartolini, *op. cit.*.

²² M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *la disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di Vincenzo Cerulli Irelli, Napoli, 2006, ove si riprende l'affermazione di F. G. Scoca “la disposizione in esame stabilisce la sanzione ma non ne definisce (adeguatamente) la causa”.

concezione del provvedimento amministrativo vicino alle teorie negoziali, ma anche nel tentativo di disciplinare positivamente una categoria di invalidità, fino ad allora rimasta nell'ombra. Ciò posto, non è chi non veda, e la giurisprudenza in tal senso è esplicita come non mai, come il tentativo di disciplinare il fenomeno della nullità, utilizzando la disposizione di cui all'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, sia sfociato nell'assunzione di un rischio da parte del legislatore. Con l'omissione delle necessarie (secondo i più) indicazioni in merito agli elementi essenziali, il legislatore si è esposto al pericolo di vedere del tutto inattuata la categoria della nullità strutturale o, peggio ancora, vederla applicata sulla base di elementi essenziali di creazione pretoria, in grado, tuttavia, di comminare la sanzione massima di invalidità, senza il necessario supporto legislativo²³.

Ora, è bene porre in evidenza, per scrupolo di precisione, che vi sono state alcune voci "fuori dal coro" (in verità, numericamente poco consistenti) che hanno accolto di buon grado la scelta (se tale è) del legislatore di non inserire nel corpo dell'art. 21 septies l'elencazione degli elementi essenziali, specularmente a quanto è avvenuto nel codice civile all'art. 1325²⁴.

²³ F. G. Scoca, *esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in *la nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. C. di San Luca, Torino, 2005, p. 170, ove l'Autore si dice convinto che, in virtù della lacuna che la connota, la previsione (*ndr*: art. 21 septies) sia destinata a restare lettera morta.

²⁴ Ci si riferisce, in particolare a L. Mazzaroli, *sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *diritto processuale amministrativo* n. 3 del 2006, ove si legge "Può apparire un'affermazione un po' singolare, ma ritengo che si tratti di una lacuna che, a ben riflettere, può essere valutata non negativamente. La

Ci si trova, quindi, di fronte ad una necessità, ovvero quella di individuare gli elementi essenziali del provvedimento. Da questo punto di vista, soccorrono le innumerevoli elencazioni, più o meno corpose, che si sono succedute nel tempo, tanto da parte della dottrina, quanto da parte della giurisprudenza. L'analisi di ogni singolo elemento, che seguirà nelle pagine successive, è frutto di una scelta di massima su quelli che si è reputato essere gli elementi più ricorrenti nelle elaborazioni ed, in virtù di ciò, maggiormente degni di approfondimento.

Per il rispetto che si deve ai grandi nomi della dottrina della materia che ci occupa, ovvero il diritto amministrativo, si inizierà con l'elencazione degli elementi che questi ritenevano strutturare il provvedimento. E' doveroso, quindi, prendere le mosse dagli elementi essenziali teorizzati da Giannini; egli, che, come visto nelle precedenti pagine, fu il massimo detrattore della costruzione negoziale del provvedimento, parlò di volontà, oggetto ed elemento teleologico e forma²⁵. Sandulli ebbe, viceversa, modo di distinguere tra condizioni di esistenza, ovvero gli elementi che è necessario concorrano perché un atto amministrativo possa considerarsi venuto in vita (per esempio, soggetto, oggetto, comportamento) e condizioni di validità, ossia immunità da difetti (esemplificate nella competenza e

presenza di un elenco degli elementi essenziali porrebbe problemi non facili, quali quelli scaturenti dalla qualificazione del suo carattere: se dovesse cioè essere concepito come completo ed esaustivo o invece come meramente indicativo.

²⁵ M. S. Giannini, voce *atto amministrativo*, già cit..

motivazione)²⁶. Pietro Virga effettua un'ulteriore distinzione tra elementi del provvedimento, la cui mancanza determina nullità e che possono riassumersi in soggetto, volontà, oggetto e forma, e requisiti di validità o di efficacia, il cui difetto determina mera annullabilità²⁷.

Da qui in poi, parte una congerie di tesi e teorie difficilmente gestibile, ma che per ragioni di completezza espositiva si ritiene di dover comunque fare oggetto di ricognizione²⁸. Antonio Bartolini ritiene elementi essenziali del provvedimento amministrativo: il soggetto, la volontà, il contenuto, la forma (solo quando sia prevista da norme primarie), la causa (pur considerandola assai differente dalla causa negoziale) e l'oggetto (anche se, comunque, l'impossibilità e l'indeterminatezza dell'oggetto non determinano carenza di potere in capo alla P.A.)²⁹. Marco Tiberii sembra propendere per la seguente elencazione: forma, volontà, oggetto e/o destinatario³⁰. Davide Ponte

²⁶ A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, settima ed., Napoli, 1962, p. 332 e ss..

²⁷ P. Virga, *diritto amministrativo*, seconda ed., II, Milano, 1992.

²⁸ R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 351, ove si legge “La tesi della nullità provvedimento per difetto di uno o più elementi essenziali dell'atto amministrativo sconta necessariamente le incertezze dovute alla già sottolineata mancanza di concordia sul catalogo di siffatti elementi, che il legislatore si guarda bene dal superare, non fornendo alcuna indicazione su quali siano da ritenere tali”; M. D'Orsogna, *op. cit.*, ove si afferma “Siffatta incompletezza, oltre ad accentuare l'inopportunità della previsione della nullità sul piano teorico, rende la disposizione di difficile applicazione sul piano pratico, dato che ciascun autore (il riferimento è non solo alle opere di M. S. Giannini e di A. M. Sandulli, ma anche alla manualistica più recente), presenta un elenco differente degli elementi che dovrebbero essere considerati essenziali”.

²⁹ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 158 e ss..

³⁰ M. Tiberii, *op. cit.*, cap. III.

propende per volontà, forma, causa ed oggetto³¹. Elio Casetta ritiene elementi essenziali del provvedimento amministrativo: il soggetto, il contenuto dispositivo, l'oggetto, le finalità, la forma³². Francesco Caringella reputa elementi veramente indefettibili unicamente il contenuto e la forma del provvedimento³³. Roberto Chieppa parla di soggetto, oggetto, forma e causa³⁴. Bruno Cavallo indica nel soggetto, nella volontà, nei motivi, nel contenuto e nella forma gli elementi essenziali del provvedimento³⁵. Sergio De Felice, così come Vito Tenore, valuta quali elementi essenziali il soggetto, l'oggetto, la forma e la causa³⁶; da tale novero, Giacomo Aiello espunge la causa³⁷. Biagio Gilberti fa riferimento al soggetto, alla forma, al contenuto ed all'oggetto. Altri autori, poi, riprendono elementi essenziali di volta in volta diversi, prendendo spunto, spesso, dalla giurisprudenza; si parla, a tal riguardo, di forma, volontà, oggetto, destinatario³⁸, autorità emanante, data, dispositivo³⁹

³¹ D. Ponte, *op. cit.*, p. 88; l'Autore, dopo aver dato atto che i fautori della teoria negoziale propendono per agente, destinatario, volontà, forma ed oggetto quali elementi essenziali del provvedimento amministrativo, mentre i sostenitori delle tesi pubblicistiche preferiscono strutturare il provvedimento con soggetto, oggetto, forma, contenuto e finalità, trova un punto di arrivo e di mediazione nei seguenti elementi essenziali: volontà, forma, causa e oggetto.

³² E. Casetta, *manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 498 e ss..

³³ F. Caringella, *manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006.

³⁴ R. Chieppa, *il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *giustizia amministrativa*, n. 6 del 2005.

³⁵ B. Cavallo, *gli elementi del provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993.

³⁶ S. De Felice, *della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; V. Tenore, *l'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni (e su quella militare in particolare)*, Padova, 2006, p. 201.

³⁷ G. Aiello, *la nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Sentenza TAR Campania, sez. III, n. 3265 del 2006.

oppure di volontà, forma, oggetto, destinatario o anche oggetto, soggetto, volontà, contenuto, forma⁴⁰.

Tale carrellata, lungi dall'essere esaustiva e dal riprodurre tutte le tesi finora formulate in merito all'elencazione degli elementi essenziali che compongono il provvedimento, fornisce uno scorcio interessante sulla scarsa chiarezza che regna sull'argomento e, se possibile, chiarisce anche come la riforma del 2005 sia stata un'occasione mancata per contribuire a porre dei precisi paletti alla categoria della nullità. Nel momento in cui il legislatore ha deciso di disciplinare la nullità, come categoria generale, uno sforzo ulteriore, per garantire l'operatività dell'istituto e la sua più agevole applicazione, sarebbe stato auspicabile; ma tant'è, ciò non è stato ed il materiale legislativo con cui l'interprete si trova a dover fare i conti è quello scarno dell'art. 21 septies.

Ciò posto, un'impostazione di più ampio respiro, che abbracci tutta la sistematica della legge n. 241 del 1990, non può che essere auspicabile oltre che, come si vedrà, sostanzialmente non aggirabile; ed allora, gli elementi essenziali devono essere ricercati anche, se possibile, nell'articolato della legge sul procedimento. Non è innovativa la tesi⁴¹, che si condivide, di qualificare come realmente essenziale, nella struttura provvedimentale, la

³⁹ C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *il novo procedimento amministrativo*, Rimini, 2005, p. 1114 e ss..

⁴⁰ P. M. Vipiana Perpetua, *gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 427.

⁴¹ M. D'Orsogna, *op. cit.*.

motivazione⁴². D'altro canto, l'art. 3 della legge sul procedimento quasi non lascia spazio a dubbi quando impone che "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, *omissis*". Certo, è altrettanto indubbio che l'assenza di tale elemento determinerebbe violazione di legge e, quindi, annullabilità del provvedimento. Tale considerazione comprova l'assunto che, evidentemente, per qualificare come essenziale un dato elemento, che struttura il provvedimento, non è consigliabile desumere dal solo effetto della nullità (che scaturisce dalla sua assenza) la natura di elemento essenziale. Probabilmente, quindi, l'essentialità va rinvenuta altrove, o se non altro, sulla base di diversi indici.

⁴² V. Azzoni, *nullità e annullabilità: la sanatoria tramite il processo*, in *nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, fasc. 16 del 2007, p. 1664, ove l'A. rileva che "non è facile distinguere l'essentialità o meno di un elemento costitutivo: è forse tale la motivazione, con la conseguenza della sua insostituibilità, oppure al suo difetto occorre guardare come a mero vizio formale dell'atto? Il quesito è basilare perché, *omissis*, dalla risposta dipende la sanabilità o meno del vizio nel corso del processo. Se di nullità si trattasse, non ci sarebbe spazio per un eventuale recupero mentre, in linea con la seconda delle due impostazioni, ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2005, è legittimo (meglio, per quanto viziato, non può essere annullato) il provvedimento amministrativo immotivato che presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità, dove la soddisfazione della pretesa del privato dipenda dal possesso di requisiti di cui il giudice possa *ictu oculi* verificare la presenza ..."; *contra* vedi B. Cavallo, *op. cit.* pag. 60 e ss., ove si legge "La motivazione è il nucleo centrale su cui si articola la forma, dal momento che costituisce l'esplicitazione necessariamente scritta delle valutazioni attraverso le quali si è svolta la congrua ponderazione degli interessi in gioco nell'affare amministrativo. La funzione della motivazione è quella di rendere conoscibile l'iter logico-giuridico mediante il quale si è maturata la ponderazione e di consentirne l'apprezzamento della sua congruità circa le scelte adottate *omissis*. La motivazione non è quindi un elemento del provvedimento, ma *pars* della forma scritta del medesimo: il suo moderno modo di essere *naturaliter* motivato per iscritto"; Ordinanza Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 244, ove si rileva che, nella limitata ipotesi dell'avviso di accertamento, la motivazione costituisce elemento essenziale, la cui mancanza determina nullità.

L'art. 21 septies, a tal proposito, non aiuta; nel senso che lascerebbe intendere che la carenza degli elementi essenziali comporti, quasi ontologicamente, la nullità. Probabilmente è così, tuttavia, persistono degli autonomi margini all'interno dell'ordinamento che, facendo eccezione alla regola ora divenuta generale, comportano la semplice annullabilità per violazione di legge nel caso in cui venga a mancare un elemento essenziale. Come risaputo, l'art. 3 della legge sul procedimento non prevede l'annullabilità del provvedimento nel caso in cui manchi la motivazione; tuttavia, il vizio di violazione di legge di cui all'art 21 octies, primo comma, della medesima legge e di cui al R. D. n. 1054 del 1924, art. 29, suppliscono a tale mancanza, prevedendo l'annullabilità. In più, tradizionalmente, la mancanza della motivazione è stata ricondotta alla violazione di legge, mentre, invece, il semplice difetto di motivazione era (ed è) riportato alla categoria dell'eccesso di potere. Ciò depone nel senso che un elemento essenziale può essere tale anche se la sua eventuale assenza comporti annullabilità del provvedimento, se (come nel caso in esame) tanto la disciplina positiva quanto la tradizione giuridica conducono a tale soluzione. Del resto, non sarebbe poi del tutto "fuori dal sistema" pensare che il legislatore abbia voluto tralasciare l'elencazione degli elementi del provvedimento amministrativo, perché, laddove fossero stati disciplinati *expressis verbis*, il vizio cui sarebbe incorso il provvedimento, che ne fosse stato privo, sarebbe stato quello di violazione di legge; tale argomento, quantunque affascinante e, per certi versi, vicino alla sistematica del diritto amministrativo (inteso nella sua ontologica differenza

con il diritto privato), giustifica troppo il legislatore, trasformando una censurabile tecnica legislativa in un (forse) troppo raffinato costruito giuridico.

Quindi, come visto, non ogni elemento essenziale (o meglio, la mancanza di questo) deve necessariamente provocare la nullità del provvedimento, proprio perché è plausibile che l'ordinamento consideri su due piani distinti gli elementi che costituiscono il provvedimento; un primo piano che prevede la nullità in caso di loro assenza (art. 21 septies) ed un secondo piano che assume, invece, che la mancanza di singoli determinati elementi (come la motivazione) comporti non la nullità, ma bensì l'annullabilità per violazione di legge. Di certo, la comprensione della scelta del legislatore di inserire nell'uno piuttosto che nell'altro piano un determinato elemento costituisce l'aspetto più difficoltoso della ricostruzione della vicenda. Bisogna, quindi, individuare perché alcuni elementi sono previsti a pena di nullità (la maggior parte, per vero) ed altri a pena di annullabilità. Probabilmente, la risposta sta nel diverso grado di "essenzialità" dell'elemento nell'equilibrio del sistema. Se l'assenza dell'elemento non consente di far avere al provvedimento un "senso compiuto", allora si avrà nullità; viceversa, se l'assenza dell'elemento, quantunque da qualificarsi come essenziale, non dovesse intaccare la capacità giuridica (intesa, chiaramente, in senso improprio) del provvedimento, allora si avrà annullabilità. Si pensi, a tal proposito alla consistenza del provvedimento amministrativo prima del 1990, allorquando la motivazione non risultava neppure prevista legislativamente ed, in virtù

di ciò, il provvedimento che ne fosse stato mancante non pativa alcuna forma di invalidità. La legge n. 241 del 1990 ha, dipoi, costruito la motivazione come un vero e proprio elemento essenziale, ma ragioni di ordine sistematico, hanno indotto a qualificare l'assenza di questa come indice di un vizio di annullabilità. D'altro canto, come nella situazione precedente il 1990, così come nella realtà successiva alla legge sul procedimento, la carenza totale di motivazione non incide sul provvedimento in modo talmente grave da inficiarne del tutto la potenzialità giuridica, o da intaccarne la possibilità di "sprigionare energia giuridica"⁴³; ciononostante, il preciso intento del legislatore, desumibile anche dall'imperativo "deve" presente all'art. 3 della legge sul procedimento, è quello di rendere il passaggio della motivazione obbligatorio (e quindi essenziale) nell'economia di ciascun provvedimento (esclusi, chiaramente, quelli previsti al comma 2 del medesimo articolo). E' altresì evidente, proprio in virtù di quanto da ultimo osservato, che non tutti i provvedimenti amministrativi possano dirsi costituiti, nella loro struttura essenziale, dalla motivazione. Nonostante ciò, il sistema della legge n. 241 del 1990 considera la motivazione elemento essenziale del provvedimento, ma per quanto più sopra argomentato e, si deve ritenere, anche per la comprensibile frequente totale carenza di tale elemento, il sistema stesso depone a favore di una censura di annullabilità, piuttosto che di nullità.

⁴³ La formula è mutuata da M. Clarich, *il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in *la disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, a proposito della esecutorietà del provvedimento amministrativo.

Dopo aver, per sommi capi, delineato le problematiche (irrisolte e forse irrisolvibili) sottese ai pretesi elementi essenziali del provvedimento amministrativo, è bene, ora, passare alla disamina dei singoli elementi che compongono la struttura provvedimentale. Chiaramente, si prenderanno in esame unicamente gli elementi su cui si sono soffermate la dottrina e la giurisprudenza con più frequenza, anche se, si badi, mai univocamente. Peraltro, si è ben consapevoli che una mera carrellata di elementi essenziali possa apparire sterile esercizio riproduttivo di altrui teorie o concezioni, purtuttavia si crede anche che sia un passaggio d'obbligo, quantomeno per meglio orientarsi nel panorama della struttura provvedimentale. Inoltre, si ritiene che un lavoro che abbracci tanto il tema della nullità, quanto quello della struttura provvedimentale non possa prescindere da una chiara evidenziazione degli aspetti teorici dell'una e dell'altra, in vista dell'obiettivo finale; ovvero, una corretta trattazione degli aspetti di coesistenza e compenetrazione tra la categoria di invalidità già citata e la struttura del provvedimento amministrativo.

4) *(Segue) Il soggetto*

L'ordine espositivo sugli elementi essenziali del provvedimento amministrativo impone di prendere le mosse dal soggetto. Quest'ultimo è inteso quale termine attivo

della vicenda provvedimentale; invero, sussiste, accanto al soggetto attivo, anche un soggetto passivo, che viene unanimemente individuato in colui la cui sfera giuridica viene incisa (in positivo o, nella più usuale delle ipotesi, in negativo) dal provvedimento. Pur tributando al soggetto la prima posizione nella trattazione degli elementi essenziali, è opportuno evidenziare come parte della dottrina (la giurisprudenza, a tal proposito, sembra essere meno incline a teorizzazioni) non lo consideri nel novero degli elementi essenziali⁴⁴. Dato atto di ciò, tuttavia, è bene sottolineare, preliminarmente, come per soggetto si intenda l'autorità amministrativa che ha posto in essere la fattispecie provvedimentale⁴⁵. In effetti, la nullità per mancanza di soggetto è stata da sempre costruita come una ipotesi in cui vi sia una amministrazione (o anche un privato) che non sia abilitata ad adottare il provvedimento emanato. Tuttavia, tale costruzione cozza con il nuovo disposto dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, il quale prende in considerazione diverse ipotesi di nullità, tra le quali anche quella dovuta a difetto assoluto di attribuzione⁴⁶. Tale

⁴⁴ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 158, ove si legge “il soggetto non è elemento essenziale del provvedimento, poiché la figura soggettiva individuata dalla legge come titolare del potere di provvedere sta al di fuori dell'atto da compiere: pertanto non ne risulta come elemento costitutivo. Più che nel provvedimento, la presenza del soggetto si avverte soprattutto in quella fase che precede l'emanazione dell'atto, cioè nell'esercizio discrezionale del potere amministrativo”. Sostanzialmente aderente a tale impostazione si mostrano T. Capitanio, *op. cit.*, p. 830 e N. Paolantonio, A. Police, A. Zito a cura di, *op. cit.*.

⁴⁵ A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, VII ed., p. 335; P. Virga, *op. cit.*; B. Cavallo, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶ N. Bassi, *difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *foro amministrativo T.A.R.*, 2009, 2, p. 329 e ss.; sentenza Consiglio di Stato, sez. V., 23 settembre 2005, n. 5013; sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2006, n. 891; sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4858; *contra*, sentenza Corte di Cassazione, sez. un. civ., 9 giugno 2006, n. 13431; sentenza Corte di Cassazione, sez. un. civ., 9 giugno 2004, n. 10978; sentenza TAR Lazio, sez. III ter, n. 7722 del 2007.

ultimo fenomeno è da ascrivere a caratteristiche mancanti in capo proprio al soggetto che adotta il provvedimento; ed allora, stante ciò, è il caso di trovare una giusta dimensione per entrambe le norme. Può dirsi, quindi, che la mancanza di soggetto si avrà quando il provvedimento, inteso anche come documento cartaceo (e non), manchi di intestazione da cui si desuma l'autorità emanante e non sia possibile, attraverso procedimenti interpretativi, dedurre in alcun modo il plesso amministrativo emanante. In sostanza, nella mancanza di soggetto, quest'ultimo è del tutto carente, mentre nel difetto assoluto di attribuzione il soggetto è immediatamente visibile, tuttavia manca di una pur minima legittimazione a provvedere⁴⁷. Invero, parte della dottrina riconduce alla mancanza del soggetto anche la cosiddetta usurpazione di funzioni pubbliche, che si inverte allorché un soggetto privo della qualità di organo dell'amministrazione adotta un provvedimento, che, come tale, è privo di valore giuridico, pur presentandosi, esteriormente, come un provvedimento perfetto⁴⁸. Da

⁴⁷ Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3712; M. A. Rella, *sulla nullità dell'ordinanza ingiunzione sottoscritta dal vice prefetto priva di delega espressa*, nota a sentenza giudice di pace di Trani, 9 novembre 2005, in *giurisprudenza di merito*, fasc. 6 del 2006, p. 1556 e ss.; in aderenza, nel senso della necessità di delega espressa, sentenza Corte di Cassazione, sez. I, 12 luglio 2001, n. 9441, in *giustizia civile massimario*, 2001, p. 1382 ed anche in *giustizia civile*, 2001, I, p. 2465; *contra*, sentenza Corte di Cassazione, sez. I, 12 febbraio 1976, n. 464, in *giustizia civile massimario*, 1976, p. 211; sentenza Corte di Cassazione, sez. I, 28 marzo 1987, n. 3031, in *giustizia civile massimario*, 1987, p. 870.

⁴⁸ D. Macrì, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 3 del 2006, p. 273, ove, alla nota 33 si legge "Ipotesi differente da quella dell'usurpatore di funzioni pubbliche è la figura del funzionario di fatto, il quale esercita una pubblica funzione, che risulti essenziale ed indifferibile per la pubblica amministrazione, senza che sussista un formale atto di investitura, e l'esercizio della funzione sia accompagnato dalla pubblica convinzione della validità ed efficacia degli atti posti in essere dal soggetto. In questo caso le esigenze di tutela della buona fede e dell'affidamento dei privati, nonché le esigenze di economia dei mezzi giuridici e del raggiungimento dello scopo, consentono di imputare all'ente gli atti favorevoli al privato"; in sostanziale

quanto detto, non bisogna, tuttavia, trarre la conclusione che alcun soggetto privato sia abilitato ad adottare provvedimenti amministrativi, in quanto, è ben possibile che un soggetto privato possa legittimamente spendere parte del potere amministrativo del tutto legittimamente⁴⁹.

Effettuata questa necessaria ricognizione sui tratti essenziali dell'istituto, non si ci può esimere dal notare come, in linea con l'impostazione di fondo del presente lavoro, l'art. 21 septies dica meno di quanto non gli si vorrebbe far dire (si passi il linguaggio colloquiale). Infatti, mancanza di un elemento significa che l'elemento (nella fattispecie, il soggetto) non deve essere presente nel provvedimento così come adottato, non vuol dire che l'elemento, pur essendo presente, è connotato da profili di problematicità. Tali profili, infatti, saranno censurabili, pur sempre con la nullità, ma sotto la categoria del difetto assoluto di attribuzione. In sostanza, se un soggetto privato, estraneo all'apparato amministrativo, adotta un provvedimento, questo sarà nullo perché adottato in difetto assoluto di attribuzione (seppur, si comprende, in una concezione lata dell'istituto), mentre, potrà pur sempre dirsi che il soggetto sia presente nella struttura dell'atto; la nullità strutturale, infatti, non menziona la mancanza del "soggetto legittimato", che, invece, può rientrare senza difficoltà nella

adesione anche G. Landi – G. Potenza, *manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1990, p. 296, citato alla nota n. 305 da V. Tenore, *l'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni (e su quella militare in particolare)*, Padova, 2006, p. 202; *idem* S. De Felice, *della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ A. Maltoni, *enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed Enti equiparati alla P.A. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della legge 241/90*, in *giustizia amministrativa* n. 2 del 2006, p. 399.

concezione di difetto assoluto di attribuzione⁵⁰. In tal modo, si costruisce il vizio della mancanza del soggetto in coerenza con le peculiarità dell'istituto della nullità, ovvero la circostanza di essere un motivo di invalidità non al centro del sistema delle invalidità del diritto amministrativo, ma bensì punto di chiusura di tale sistema. Se si concepisse la mancanza del soggetto come legittimante la nullità anche nel caso in cui il soggetto, che abbia adottato il provvedimento, non faccia parte dell'amministrazione, si estenderebbe la nozione di "mancanza", pur avendo a disposizione la categoria del difetto assoluto di attribuzione.

Sulla base di quanto riferito, quindi, i casi plausibili di mancanza del soggetto, inteso quale provvedimento totalmente acefalo, saranno limitati e, sostanzialmente, poco frequenti, non riscontrandosi nella pratica giudiziale ed amministrativa ipotesi numerose di tali fattispecie.

5) (Segue) L'oggetto

Tra gli elementi essenziali meno discussi, o meglio, unanimemente inseriti nel novero degli elementi costitutivi

⁵⁰ Sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. III, 12 novembre 2009, n. 5059, ove si rileva come il difetto assoluto di attribuzione evoca la cosiddetta carenza in astratto del potere.

del provvedimento amministrativo sta l'oggetto⁵¹. Invero, tale componente del provvedimento è caratterizzata da una duplice, se non triplice, natura, ovvero quella di essere, di volta in volta, una *res* materiale, una persona fisica (si pensi alle sanzioni disciplinari), o piuttosto un comportamento (*dare, facere, pati, ecc.*)⁵². E' sostanzialmente il termine passivo nei confronti del quale la vicenda provocata dal provvedimento amministrativo verrà ad operare⁵³. L'oggetto, quale elemento essenziale, quindi, è presente in ogni provvedimento e, tuttavia, viene valutato diversamente (soprattutto da parte della dottrina) allorquando presenta profili problematici. Larga parte dei commentatori, infatti, ritiene che l'impossibilità e l'inesistenza, unitamente all'illiceità, dell'oggetto del provvedimento ne determini la nullità. E' chiara l'assonanza con le vicende contrattuali⁵⁴. E' bene notare come, ancora una volta, si ecceda

⁵¹ Fa eccezione, in verità, A. Bartolini, *op. cit.*, p. 172 e ss., che non ritiene l'oggetto elemento essenziale del provvedimento; in totale adesione anche, T. Capitanio, *op. cit.*, p. 831.

⁵² B. Cavallo, *op. cit.*, p. 52, ove l'Autore specifica che l'oggetto del provvedimento non può essere soltanto la "materia" su cui incide l'atto; *omissis*, la *res*, di per sé stessa, non è l'oggetto senza la mediazione di tempo e spazio. Si pensi alla licenza di porto d'armi: ritenere il bene mobile (pistola) l'oggetto della licenza è riduttivo, dal momento che la *res* è e rimane estranea alla fattispecie provvedimentoale. Diventa oggetto soltanto nell'ipotesi che a quell'arma sia conferita una specifica materialità non solo con l'individuazione della matricola, ma con l'individuazione della sua unità temporale (cinque anni di validità) e spaziale (limitatamente al domicilio, *omissis*); F. Caringella, *op. cit.*; per la dottrina civilistica, si veda E. Gabrielli, *l'oggetto del contratto, commento sub artt. 1346 – 1349, in codice civile commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 1 e ss., ove l'A. dà conto di più significati della parola "oggetto", presenti nella disciplina codicistica. A detta dell'A., quindi, quest'ultima fa un uso di tale parola da ritenersi poco rigoroso.

⁵³ A. M. Sandulli, *op. cit.*, p. 336.

⁵⁴ D. Ponte, *op. cit.*, p. 100; V. Tenore, *op. cit.*, p. 202; D. Macrì, *op. cit.*, p. 274; M. S. Giannini, voce *atto amministrativo*, in *enciclopedia del diritto*, già cit., p. 175; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 307; M. Tiberii, *op. cit.*, ove si dà conto che una parte della dottrina attribuisce tali caratteristiche al contenuto piuttosto che all'oggetto; P. Virga, *op. cit.*, p. 43.

nell'ampliare la categoria della nullità strutturale; infatti, l'eventuale impossibilità dell'oggetto (l'esempio tipico, ripreso da quasi tutta la manualistica, è l'ordinanza del sindaco rivolta al proprietario di un cane e che imponga di non far abbaiare quest'ultimo nella notte), si riverbererà nella impossibilità di portarlo ad esecuzione (vi sarà quindi inefficacia), ma non comporterà alcun rilievo in punto di invalidità⁵⁵. L'illiceità e l'inesistenza, invece, potranno essere apprezzati nella loro dimensione più adeguata, ovvero quali figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Vi sarà un inequivoco difetto di istruttoria nel caso in cui il bene, sottoposto a procedura espropriativa, sia già di proprietà della pubblica amministrazione procedente o un manufatto per il quale sia stato adottato un ordine di demolizione sia già crollato (è ipotizzabile, in tali casi, anche un travisamento dei fatti)⁵⁶.

Si tiene ad evidenziare, sempre in linea con l'idea guida di questo lavoro, che quando si parla di oggetto illecito, inesistente o impossibile, si parla pur sempre di un oggetto che ha trovato spazio nel tessuto del provvedimento e pertanto non possa dirsi mancante. Un problema, tendenzialmente, si può porre nel caso di oggetto indeterminato od indeterminabile, nelle ipotesi in cui non sia possibile risalire in nessun modo alla specifica *res*, o alla persona fisica o giuridica la cui sfera giuridica viene incisa dal provvedimento.

⁵⁵ R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 357; sulla liceità, B. Cavallo, *op. cit.*, p. 53, per il quale, peraltro, non si può parlare di liceità dell'oggetto, essendo presuntivamente lecito l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

⁵⁶ D. Ponte, *op. cit.*, p. 100.

Da non confondere, poi, è la figura dell'oggetto del provvedimento dalla differente figura del contenuto del provvedimento. Quest'ultimo è stato identificato nella parte dispositiva ovvero precettiva, con la quale si individuano gli effetti che il provvedimento vuole produrre⁵⁷. Sarebbe, in sostanza, un concetto diverso e più ampio rispetto all'oggetto del provvedimento.

Ciò posto, è opportuno rilevare come anche la giurisprudenza abbia contribuito a meglio definire i contorni dell'oggetto del provvedimento, anche se, in verità, non pare essersi raggiunta, neppure nel mondo pretorio, una unità di vedute. La sentenza emessa dal TAR Puglia, sede di Bari, n. 3740 del 2006 è esplicativa. Ivi si afferma, infatti, che l'oggetto è la *res* (il bene, la persona o un altro atto) su cui l'atto amministrativo produce i propri effetti; la definizione, quindi, ricalca quella in precedenza evidenziata di matrice dottrinale. La pronuncia continua asserendo che “laddove un atto amministrativo abbia ad oggetto un altro atto amministrativo in precedenza annullato da una sentenza del giudice amministrativo, esso deve ritenersi privo di un elemento essenziale” (l'oggetto appunto) e conseguentemente nullo. Da ciò, il collegio giudicante ne fa derivare anche la dichiarazione di inammissibilità per difetto di interesse del ricorrente, dovuto alla inefficacia del provvedimento nullo. Probabilmente, tale corollario (che sarà ripreso più avanti nel corso di questo lavoro)

⁵⁷ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 55, si dice scettico su tale definizione, preferendo identificare il contenuto provvedimentale come il regolamento che riassume, disciplinandolo, l'assetto degli interessi voluto e ponderato dall'amministrazione, elemento precettivo in quanto conferisce carattere autoritativo al provvedimento, quale comando giuridico.

rappresenta un “peccato di gioventù” della giurisprudenza, alle prese con le prime applicazioni dell’istituto della nullità disciplinato dall’art. 21 septies. Più decisione, invece, è dimostrata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3173 del 2007⁵⁸, ove il supremo consesso amministrativo evidenzia come un parere espresso dalla Sovrintendenza su un terreno non sottoposto ad alcun vincolo non comporta la nullità del parere stesso; in sostanza, l’atto avrebbe un contenuto determinato e lecito ed, al più, potrebbe essere contestato per una erronea percezione dell’esistenza e della estensione del vincolo, che è un profilo che attiene alla legittimità del provvedimento. La decisione da ultimo riportata, anche se (non lo si nega) dalle possibili conseguenze nefaste (si pensi ad un’ordinanza di demolizione che faccia seguito ad un diniego di concessione in sanatoria, adottata sulla base del predetto parere) pare essere rigorosa ed in piena sintonia con quanto si sta argomentando con il presente lavoro.

6) (Segue) La forma

Il provvedimento amministrativo è, per sua natura, rivolto al mondo esterno all’amministrazione e, per espletare la propria funzione, deve trovare un mezzo per esteriorizzarsi. Tale strumento è rappresentato dalla forma del

⁵⁸ Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173, in *giurisprudenza italiana*, n. 5 del 2008.

provvedimento, ovvero la modalità attraverso la quale la volontà viene esteriorizzata⁵⁹. Per alcuni autori (la maggior parte, in verità) la forma costituisce un elemento essenziale del provvedimento, esattamente come questa costituisce un requisito essenziale del contratto, ove sia prevista a pena di nullità⁶⁰. Come tiene giustamente a precisare Giannini, non v'è, in diritto amministrativo, una regola generale sulla forma dell'esternazione, né nel senso della libertà della forma, né nel senso della necessità della forma scritta. Nonostante ciò, più per prassi e per necessità processuale, che non per disposizione legislativa, la maggior parte dei provvedimenti amministrativi assumono la veste di atto scritto⁶¹. Come, infatti, fa notare Bartolini, l'unica disposizione nell'ordinamento amministrativo ove la forma scritta è prevista a pena di nullità è quella dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, che determinerebbe la nullità dell'accordo sostitutivo o integrativo del provvedimento nel caso in cui mancasse la forma scritta. Preso atto di ciò, va considerato che dottrina e giurisprudenza hanno, da sempre, considerato la sottoscrizione come una questione attinente la

⁵⁹ D. Ponte, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁰ *Contra* A. Bartolini, *op. cit.*, il quale ritiene la forma, elemento del provvedimento, solo nel caso degli accordi ex art. 11 legge n. 241 del 1990; assume, anche, che la sottoscrizione non sia elemento essenziale del provvedimento, sulla base dell'insegnamento dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 117 del 2000 e che non esista alcuna norma che imponga la verbalizzazione delle delibere collegiali come elemento previsto a pena di nullità. Sostanzialmente in adesione quanto a quest'ultimo punto, M. S. Giannini, *op. cit.*, B. Cavallo, *op. cit.*, p. 56 precisa come "la forma non riguarda un singolo elemento dell'atto, *omissis*. La forma investe tutti gli elementi su cui si articola il provvedimento, riassumendoli in una unità che li trascende".

⁶¹ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 58 evidenzia come "intere categorie di provvedimenti continueranno ad essere esterne oralmente: ciò è pacifico per tutti i provvedimenti collegiali, per gli ordini ed i comandi".

forma del provvedimento⁶². Tant'è che il difetto di sottoscrizione è stato per molto tempo ricondotto ad una ipotesi di nullità⁶³. Ad oggi, tuttavia, si registra un pressochè unanime indirizzo giurisprudenziale nel senso di ritenere che anche in difetto di sottoscrizione o di sottoscrizione poco intelligibile (quest'ultima ipotesi molto più frequente) non vi sia nullità, né annullabilità purché sia possibile *aliunde* risalire all'autore (o meglio, all'autorità emanante) del provvedimento⁶⁴. Specifiche questioni

⁶² Sentenza TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 16 maggio 2007, n. 1364, ove si affronta una questione relativa alla mancanza di data in un provvedimento come una questione attinente alla forma dello stesso, sancendo, tuttavia, che un'ipotesi del genere non concretizza una causa di nullità strutturale.

⁶³ Sentenza Commissione Tributaria della Provincia di Vicenza, sez. V, 23 maggio 2007, n. 46, ove si evidenzia che l'avviso di accertamento privo di sottoscrizione è affetto da nullità; sentenza TAR Campania, Napoli, 3 marzo 2004, n. 2624.

⁶⁴ R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.* p. 306; R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 359, ove si dà conto anche della giurisprudenza più rigorosa; P. M. Vipiana Perpetua, *gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, cap. IV; sentenza Consiglio di Stato, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1679, ove, tuttavia, non è ben comprensibile se il collegio propenda per la nullità o l'annullabilità nel caso di mancanza di sottoscrizione; sentenza T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 7 febbraio 2007, n. 169, ove si afferma in termini netti "in caso di assenza di sottoscrizione del provvedimento, non può operare il principio del raggiungimento dello scopo, in quanto se l'atto è emanazione di una p.a. che, in quanto persona giuridica fa propria la volontà della persona fisica che si immedesima nell'organo, la sottoscrizione della persona fisica che si immedesima nell'organo costituisce la cerniera tra la volontà della persona fisica e la persona giuridica cui tale volontà viene imputata, di talchè in assenza di sottoscrizione non può ritenersi, né che alcuna volontà dell'ente si sia formata, né che la stessa possa all'ente essere imputata"; V. Azzoni, *op. cit.*, p. 1668, ove l'A. rileva anche come sia consolidato l'indirizzo volto a ritenere che "la mancata sottoscrizione dell'autorità emanante, in calce alla copia notificata di un provvedimento amministrativo, è irrilevante ai fini della validità dell'atto ove l'originale sia stato regolarmente sottoscritto"; *contra* C. E. Gallo, *la nullità del provvedimento amministrativo, in urbanistica e appalti*, n. 2 del 2009, p. 189 e ss., ove l'A. osserva come "La forma è, in molti casi, l'unico elemento di garanzia che l'ordinamento attribuisce al privato, in un sistema a diritto amministrativo: l'amministrazione è titolare del potere, il privato, e cioè il cittadino, deve necessariamente soccombere, l'unica garanzia che gli è accordata è quella del rispetto da parte dell'Amministrazione della disciplina formale. *Omissis*. Non è ammissibile che un provvedimento amministrativo possa avere l'efficacia di modificare la sfera giuridica del destinatario se il medesimo non è nemmeno sottoscritto, cioè non è fatto proprio formalmente dall'amministrazione, così come dovrebbe essere per qualunque atto giuridico mediante la sottoscrizione dell'autore"; dello stesso tenore, sentenza T.A.R. Liguria, sez. II, 7 febbraio 2007, n. 169, ove si estende l'ipotesi della nullità per mancanza degli elementi essenziali, nella fattispecie la mancanza di sottoscrizione, non solo ai provvedimenti, ma anche agli atti amministrativi, inoltre, si evidenzia come in assenza di sottoscrizione manchi la volontà certificativa; la sentenza è riportata da M. Didonna, in *il corriere*

giurisprudenziali sono sorte anche in ordine ad altro requisito formale di alcuni provvedimenti, ovvero la traduzione nella lingua del soggetto inciso dal provvedimento. In effetti, è particolarmente evidente la differenza di vedute circa la mancanza di traduzione tra la Suprema Corte di Cassazione ed il giudice amministrativo. La prima, infatti, ha avuto modo di esprimersi nel senso che il difetto di traduzione nella lingua madre del soggetto inciso da un decreto prefettizio di espulsione inficia quest'ultimo in termini di nullità⁶⁵. La giustizia amministrativa, diversamente, reputa la traduzione non costituente elemento essenziale del provvedimento e, pertanto, non comportante alcun tipo di invalidità; semmai, sulla base di talune circostanze, la mancanza di traduzione può comportare una rimessione in termini⁶⁶.

del merito, n. 5 del 2007, p. 647; sentenza TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 giugno 2007 n. 708, ove si chiarisce che nel caso vi sia un originale del provvedimento correttamente sottoscritto, ciò comporta la validità anche della copia notificata del medesimo provvedimento, anche se non sottoscritta; sentenza TAR Campania, Salerno, sez. I, 18 aprile 2006, n. 510; sentenza Consiglio di Stato, 27 ottobre 2005, n. 6023, ove il supremo consesso amministrativo si è pronunciato sulla nullità proprio a ridosso dell'entrata in vigore della riforma, in un caso relativo alla mancanza della controfirma ministeriale in un decreto del Presidente della Repubblica; Ordinanza Corte Costituzionale, 21 aprile 2000, n. 117, ove, in un giudizio in cui si censura la legittimità costituzionale dell'art. 25 del D.P.R., 29 settembre 1973, n. 602, nella parte in cui omette di indicare la sottoscrizione autografa tra gli elementi costitutivi della cartella di pagamento, la Consulta ha modo di affermare che costituisce diritto vivente "il principio secondo cui l'autografia della sottoscrizione è elemento essenziale dall'atto amministrativo nei soli casi in cui sia espressamente prevista dalla legge, essendo di regola sufficiente che dai dati contenuti nello stesso documento sia possibile individuare con certezza l'autorità da cui l'atto proviene", dichiarando così la manifesta infondatezza della questione; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4304.

⁶⁵ Sentenza Cassazione civile, sez. I, 11 gennaio 2006, n. 275, in *giustizia civile massimario*, 2005, 7/8.

⁶⁶ Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 12 gennaio 2007, n. 134; simile alla questione inerente la traduzione è quella della data che, come si esprime D. Ponte, *op. cit.*, p. 96, "in astratto pare costituire un elemento di evidente essenzialità per inquadrare temporalmente l'esercizio del potere: in specie, si è ritenuto che la mancanza di data, esclusa l'idoneità a viziare di nullità il provvedimento, può assumere rilevanza soltanto nei casi in cui abbia particolare influenza sul

Acceso dibattito è sorto sul diverso aspetto della verbalizzazione delle delibere collegiali; parte della dottrina ritiene che la mancata verbalizzazione delle delibere assembleari e collegiali determini la nullità della delibera stessa, in quanto la forma scritta “serve in questi casi a consacrare la volontà dei rispettivi componenti dell’organo collegiale, che non può assumere altrimenti rilevanza sul piano giuridico”; la verbalizzazione, in tali casi, “non è un vizio esterno all’atto, dal momento che quest’ultimo non vive sul piano giuridico al di fuori di tale realtà formale”⁶⁷. Tale posizione è stata fortemente criticata da chi ha ritenuto che le delibere collegiali vadano considerate esistenti e valide, a prescindere dalla loro verbalizzazione, non esistendo alcuna norma che imponga una verbalizzazione *ad substantiam*; infatti, la verbalizzazione ha una funzione servente dell’atto collegiale, il quale ha vita ed esistenza propria anche senza la trasfusione in un verbale; quest’ultimo, poi, non è un atto, ma un documento che rappresenta il contenuto di un deliberato collegiale e ne prova l’esistenza⁶⁸.

procedimento logico e determinativo del provvedimento, con la conseguenza che l’omissione della data non esclude la validità ed efficacia dell’atto, sia quando sussista un altro fatto che dia la certezza della data stessa, sia quando la data non sia particolarmente rilevante per la realizzazione del fine cui tende l’atto”; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2539, nel senso che la mancata traduzione di un decreto di espulsione configurerebbe un mero vizio di legittimità; sentenza TAR Lombardia, sez. II, 26 marzo 2009, n. 1988, nel senso che la mancanza di protocollo e data non comporterebbero la nullità del provvedimento.

⁶⁷ C. Varrone, *nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it, 2005, p. 2; D. Macrì, *op. cit.*, p. 275.

⁶⁸ A. Bartolini, *op. cit.*, riprende M. S. Giannini, *in tema di verbalizzazioni*, in *foro amministrativo*, 1960, I, 2, 1103; M. S. Giannini, voce *atto amministrativo*, in *enciclopedia del diritto*, Milano, 1959; sentenza TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 aprile 2008, n. 1043, nel senso che la mancata osservanza delle regole sulla verbalizzazione non implica, di per sé ed in assenza di una espressa sanzione di nullità, alcuna compromissione degli elementi costitutivi dell’atto collegiale.

Dato atto dei problemi ancora sul tappeto riguardanti la forma, quale elemento essenziale del provvedimento amministrativo, è doveroso porre attenzione sul disposto dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, che dichiara non annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sulla forma degli atti, qualora sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁶⁹. Ora, l'avvenuta "dequotazione" dei vizi formali del provvedimento porta a credere che la forma giammai possa più rientrare tra gli elementi essenziali la cui mancanza determina nullità; ciò in virtù della circostanza che, a seguito della novella legislativa del 2005, i vizi di forma possono ben intaccare il provvedimento senza comportarne l'annullabilità e, *a fortiori*, la nullità. E' chiaro che sarà compito della giurisprudenza tentare di chiarificare il campo dai dubbi appena sollevati, tuttavia, non si può non osservare come questa norma si inserisca in un *trend* che di fatto vedeva già pronunce numericamente poco consistenti di dichiarazione di nullità per difetto di forma. Proprio la fattispecie più usuale ricondotta alla forma, ovvero la sottoscrizione del provvedimento, già da tempo è stata plasmata dalla giurisprudenza in modo tale che la sua mancanza non determini nullità, come più sopra si è visto.

⁶⁹ N. Paolantonio, A. Police, A. Zito a cura di, *op. cit.*, ove si chiede anche a chi e come debba risultare palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

7) (Segue) *La volontà*

Nessun atto può considerarsi riferibile al soggetto che lo ha posto in essere, se non in quanto sia stato da esso consapevolmente voluto⁷⁰. Tale affermazione ben si adatta tanto all'ordinamento civilistico, quanto a quello pubblicistico. Ogni provvedimento, infatti, deve essere riferibile alla pubblica amministrazione emanante (come già si è avuto modo di vedere a proposito del soggetto) e deve anche essere il frutto di una valutazione amministrativa legittimamente formatasi, anche se preliminarmente predefinita dalla legge⁷¹. In virtù di ciò, si tende a definire la volontà quale elemento essenziale del provvedimento amministrativo, nel senso che non sarebbe plausibile un provvedimento che non contenga in sé la volontà amministrativa (formata secondo l'iter procedurale stabilito dalla legge)⁷². In verità, tale assunto è da molti contestato sulla base del rilievo che l'amministrazione agisce a seguito di una valutazione ponderata di interessi e non attraverso un vero e proprio processo volitivo⁷³; ciò è indubbiamente condivisibile, tuttavia, si reputa che in ogni valutazione di

⁷⁰ P. Virga, *op. ult. cit.*, ove precisa anche che “deve esistere concordanza fra volontà formata e volontà manifestata”.

⁷¹ M. S. Giannini, *op. cit.*, p. 174, che afferma che “a differenza che nel negozio privato, la volontà del provvedimento amministrativo spazia in un ambito libero tutt'altro che ampio: tant'è vero che taluni sono giunti a negare che la volontà sia elemento del provvedimento amministrativo (Casetta), tesi inaccettabile, non dovendosi confondere tra volontà psicologica e volontà dell'atto giuridico”.

⁷² A. De Valles, *la validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986, ristampa dell'edizione del 1916, p. 145, ove l'Autore suddivide la volontà nei due momenti della determinazione e della dichiarazione.

⁷³ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 48.

interessi debba pur sempre esserci il momento decisionale vero e proprio. Anche se la decisione amministrativa è convogliata su binari prestabiliti dalla legge, la discrezionalità dà modo all'amministrazione di dar rilievo alla propria volontà, non fosse altro riguardo alla tempistica dell'adozione del provvedimento ed al suo stesso *an*. Indubbiamente, dal punto di vista formale, la volontà andrà a trasporsi in quello che è il *decisum* del provvedimento, la sua parte dispositiva. E' quasi paradossale pensare ad un provvedimento che manchi di contenuto dispositivo, cioè che rinunci a modificare in un modo o nell'altro la realtà giuridica; tra l'altro, ben difficilmente un provvedimento del genere può essere portato all'attenzione di un collegio giudicante, visto che non potrebbe essere in alcun modo eseguito, né potrebbe essere lesivo, ma rappresenterebbe solo un inutile spreco di attività amministrativa. Un provvedimento di tal fatta è certamente qualificabile come nullo, proprio perché mancante di volontà. Stante l'improbabile riscontro pratico di tale ultima evenienza, alcuni hanno parlato di nullità nel caso in cui il provvedimento sia la risultante di una coartazione fisica del funzionario che materialmente rediga l'atto⁷⁴. In verità, si è giustamente notato che in tali casi l'illiceità della coazione impedisce l'esercizio del potere, proprio perché l'atto non è imputabile all'amministrazione (nella persona del funzionario) che ha subito la *vis compulsiva*⁷⁵. Allo stesso

⁷⁴ F. Caringella, *op. cit.*; M. D'Orsogna, *op. cit.*.

⁷⁵ A. Bartolini, *op. cit.*, ove l'Autore afferma "diversamente opinando, si arriverebbe all'assurdo che, se la violenza fisica fosse considerata come causa di nullità del provvedimento, l'atto non voluto dall'amministrazione dovrebbe essere imputato alla medesima p.a."

modo, non si parla di nullità nel caso di dichiarazione falsa, dolosa o simulata del funzionario, in quanto, in tali ipotesi, l'aspetto volontaristico è tutt'altro che assente: l'atto amministrativo è, infatti, il frutto di una volontà viziata, ma esistente e presente nel provvedimento. Alcuni hanno fatto riferimento, specie in passato, alla mancanza di volontà anche nei casi di provvedimenti adottati *ioci o docenti causa*; sembra, tuttavia, pacifico l'inquadramento della fattispecie nell'inesistenza (anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990), non sussistendo neanche un minimo di serietà giuridica in atti di tal fatta⁷⁶. Sull'argomento della spesso sfuggente distinzione tra nullità ed inesistenza, si avrà modo di tornare nei capitoli che seguiranno.

La giurisprudenza difficilmente ha avuto modo di cimentarsi con provvedimenti mancanti di volontà; tuttavia, da ultimo, il Consiglio di Stato⁷⁷, con una decisione particolarmente interessante a questi fini, ha avallato una sentenza del TAR di Torino che aveva dichiarato la legittimità di un provvedimento del Sindaco di Arona, che dichiarava nulle alcune concessioni edilizie, perché la volontà dell'allora sindaco si era formata in modo non

⁷⁶ D. Ponte, *op. cit.*, p. 92; V. Tenore, *op. cit.*, p. 202.

⁷⁷ Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890; annotata da L. Alesiani, *la "codificazione" della nullità dell'atto amministrativo: alcune aporie sistematiche*, in *giurisprudenza italiana*, n. 5 del 2009, ove l'A. osserva come "il principio di diritto affermato dalla pronuncia in commento sembra davvero poco condivisibile", in quanto "appare, *omissis*, consolidato il principio secondo il quale il rapporto organico è interrotto solo quando il dipendente pubblico agisca al di fuori delle proprie attribuzioni ovvero persegua esclusivamente fini personali o in contrasto con le finalità pubbliche cui è deputato"; la stessa sentenza è commentata anche da O. Forlenza, *sugli atti carenti di elementi essenziali il rebus della giurisdizione dei Tar*, in *guida al diritto*, n. 18 del 2008.

libero e non spontaneo, ma in ambiente collusivo penalmente rilevante, come comprovato da una sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p.. Il Consiglio di Stato evidenzia come la nullità di un provvedimento possa essere dichiarata non solo in carenza di potere, ma anche in mancanza di un elemento essenziale, come il venir meno dell'imputabilità dell'atto all'amministrazione per interruzione del rapporto organico⁷⁸; in altri termini, per mancanza di volontà. Pur dando il merito a tale ultima sentenza di aver affrontato il tema della volontà nel provvedimento amministrativo, non se ne condividono le conclusioni; infatti si ritiene che, sempre in ossequio alle premesse del presente lavoro, nella fattispecie sopra evidenziata la volontà fosse palese nel provvedimento e non potesse pertanto parlarsi di mancanza della stessa; indubbio è che la volontà dell'allora sindaco si fosse creata in ambiente malsano, ma pur sempre si fosse determinata e cristallizzata nel provvedimento. A tal proposito, sembra più ragionevole parlare di eccesso di potere per sviamento⁷⁹, che peraltro, nulla avrebbe intaccato nella dinamica complessiva della vicenda, essendo stato impugnato un provvedimento di secondo grado.

⁷⁸ A. D. Cortesi, *interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*, in *urbanistica e appalti*, n. 11 del 2008, p. 1301 e ss..

⁷⁹ E' la soluzione caldeggiata, in un caso analogo, anche da R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 360.

8) (Segue) La causa (rinvio)

E' controversa la presenza, nel novero degli elementi essenziali del provvedimento, della causa⁸⁰. Indubbiamente, questa non può essere, *sic et simpliciter*, accostata alla causa negoziale intesa come funzione economico sociale, prima, ed economico individuale⁸¹, poi. E' un elemento (strutturale o no) diverso, rispetto alla analoga figura civilistica e coincidente con l'interesse pubblico perseguito dal provvedimento. Invero, la maggior parte della dottrina, valorizzando l'aspetto funzionale (più che strutturale) del provvedimento, tende a non reputare la causa elemento strutturale, bensì funzionale (appunto) al perseguimento dell'interesse pubblico. Ora, indubbiamente, l'elemento teleologico (come lo definisce Giannini, fondendolo in tal modo con i motivi) è un elemento cardine del provvedimento⁸² ed anzi è la vera ragione per la quale è esercitato il potere, in sostanza il perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò posto, come da più parti si è fatto notare, l'interesse pubblico preesiste al provvedimento, perché è dato dalla legge o comunque dalla norma attributiva del potere, tant'è che l'interesse pubblico

⁸⁰ M. Tiberii, *op. cit.*, cap. III; R. Chieppa, *op. cit.*, p. 1295, ove l'Autore propende per l'inserimento della causa nel novero degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo.

⁸¹ G. B. Ferri, *operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico individuale del negozio giuridico*, in *diritto e giustizia*, 2008, fasc. 3, p. 317 e ss.; su tali argomenti, si rimanda anche a G. B. Ferri, *il negozio giuridico*, Padova, 2001 e 2004.

⁸² M. S. Giannini, *op. cit.*, p. 176.

potrebbe anche prescindere dal provvedimento⁸³. Inoltre, non si può non evidenziare che l'eventuale difetto di causa, ovvero il perseguimento di un interesse diverso da quello voluto dalla norma attributiva di potere o, addirittura, il mancato perseguimento di interesse pubblico, è tradizionalmente censurabile quale vizio di legittimità, ovvero eccesso di potere (per sviamento, in particolare)⁸⁴.

Per vero, si è anche assistito ad un tentativo di ricondurre la causa nel novero degli elementi essenziali, scindendo la causa tra causa in astratto (ovvero l'interesse pubblico primario) e causa in concreto⁸⁵ (ossia l'interesse pubblico scaturente di volta in volta dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco) e qualificando elemento essenziale del provvedimento unicamente quest'ultima categoria di causa⁸⁶. Sulla base della nuova concezione dell'interesse pubblico non più come "dato", ma come oggetto di composizione dei vari interessi pubblici si ha una valorizzazione dell'elemento della causa in concreto; peraltro, proprio la distinzione tra sanzione della nullità e sanzione dell'annullabilità dovrebbe essere rintracciata nel verificarsi di una vicenda tale da lacerare in profondità la composizione di quell'interesse pubblico concreto che costituisce la causa della scelta dell'assetto di interessi che

⁸³ N. Paolantonio, A. Police, A. Zito a cura di, *op. cit.*; B. Cavallo, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁴ D. Ponte, *op. cit.*, p. 97; G. Aiello, *op. cit.*, p. 3; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁵ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 50, critica aspramente tale suddivisione, definendo i due termini (causa concreta e causa astratta) assolutamente identici.

⁸⁶ M. D'Orsogna, *il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano 2004, cap. IV; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito a cura di, *op. cit.*, ove vengono riproposte le tesi di M. D'Orsogna.

verrà trasfuso nel provvedimento amministrativo. Tale ricostruzione, quantunque meritevole dal punto di vista teorico, probabilmente pecca nell'attribuire alla nullità strutturale un ruolo che non le è proprio. In sostanza, le nullità strutturali, come si è già avuto modo di chiarire e come lo si farà anche in seguito, vanno a colpire modalità redazionali del provvedimento che sono, il più delle volte, *ictu oculi* visibili, perché spesso si compendiano in errori grossolani da parte della pubblica amministrazione. Una teoria della causa, come quella appena sopra indicata, necessiterebbe, per sfociare in nullità, di una disposizione ad hoc (nullità testuale); inoltre, richiama, già a prima vista, la teorica civilistica della causa illecita, ovvero, ancora una volta l'art. 1418 del Codice Civile; probabilmente, la giusta sanzione nel caso di mancanza della opportuna valutazione dell'interesse pubblico, individuato sulla base di un confronto complesso con altri interessi pubblici e non, è, ancora una volta, l'annullabilità per eccesso di potere, *sub specie* di difetto di istruttoria.

Si avrà modo, ad ogni buon conto, di tornare su questi argomenti, quando si dedicherà spazio al provvedimento visto nella sua funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico.

9) Elementi essenziali...rinominati

Come si è avuto già modo di evidenziare, non esiste alcun orientamento consolidato che indichi quali siano gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo⁸⁷. In virtù di ciò, sono fioccate, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, una congerie di ipotesi sui pretesi elementi essenziali, di cui sembra di aver dato già abbondantemente conto nelle pagine precedenti. Si è scelto di approfondire singoli aspetti legati agli elementi essenziali che più usualmente vengono ad essere definiti tali. Per questa ragione, si sono passati al vaglio, in ordine, il soggetto, l'oggetto, la forma, la volontà, la causa; tuttavia, come già osservato *infra* (par. 3), esistono delle teorie che valorizzano elementi, che non hanno trovato un ampio riscontro sia tra i commentatori che in sede pretoria.

Alcuni, infatti, inseriscono il destinatario nel novero degli elementi essenziali del provvedimento; tale elemento, come molti d'altro canto, altro non è che una specificazione (od anche, se si vuole, un sinonimo) dell'oggetto, già rappresentato quale elemento essenziale. Altra dottrina fa riferimento all'autorità emanante, che, ancora una volta,

⁸⁷ F. G. Scoca, *op. ult. cit.*, p. 170; sentenza TAR Basilicata, 20 aprile 2001, n. 291, che specifica come l'indicazione dell'autorità giurisdizionale cui ricorrere e dei termini per l'eventuale impugnazione del provvedimento non costituiscano elementi essenziali la cui mancanza comporti nullità; *contra* sentenza Commissione Tributaria provinciale di Torino, sez. XIII, 23 settembre 2008, n. 120, a proposito degli atti dei concessionari della riscossione, che debbano indicare tassativamente l'ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni, l'Organo o l'Autorità amministrativa presso cui è possibile promuovere un riesame; sentenza Cassazione civile, sez. I, 28 settembre 2006, n. 21058, sulla non essenzialità dell'indicazione del responsabile del procedimento.

altro non è che un diverso modo di definire il soggetto⁸⁸. A. M. Sandulli ha parlato anche di finalità, quale elemento essenziale del provvedimento; pare, tuttavia, che questo sia facilmente annoverabile nel significato di causa del provvedimento, intesa quale finalità attinente la funzione amministrativa⁸⁹.

Non è mancato, poi, chi ha fatto riferimento alla competenza, quale preteso elemento essenziale del provvedimento. Ora, è quantomai evidente che la competenza preesiste al provvedimento ed è, generalmente, un dato legislativo, che pertanto non potrà essere annoverato tra gli elementi essenziali, ma, molto più ragionevolmente, tra i presupposti del provvedimento, il cui difetto genera illegittimità⁹⁰. Commentatori di rilievo inseriscono, poi, nel novero degli elementi essenziali anche i motivi; in particolare, Bruno Cavallo definisce questi motivi come “qualsiasi interesse concreto, cioè effettivamente presente nel procedimento, su cui l’amministrazione dovrà provvedere mediante una congrua motivazione; questi interessi secondari, pubblici o privati che siano, costituiscono, unitamente all’interesse pubblico primario, i motivi del provvedimento: l’unitarietà del complesso dei motivi esplica quella funzione di elemento teleologico, che non poteva essere riconosciuta all’interesse pubblico canonizzato astrattamente dalla norma, configurabile soltanto come causa del potere e, quindi, causa remota non

⁸⁸ C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *op. cit.*, p. 1114.

⁸⁹ A. M. Sandulli, *op. cit.*, p. 342; D. Ponte, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁰ M. Tiberii, *op. cit.*, cap. III.

caratterizzante il potere”⁹¹; sulla base di tale definizione, non si vede cosa cambi (se non il nome) rispetto al concetto, già espresso più sopra, di causa in concreto.

Da ultimo, è bene dar conto di come un notevole numero di esponenti della dottrina ritenga di annoverare tra gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo anche il contenuto di quest’ultimo⁹². A tale posizione è semplice ribattere come, essendo il contenuto, né più né meno, che il profilo dispositivo-precettivo del provvedimento, altro non è che una diversa forma definitoria della volontà, di cui si è già avuto modo di dire.

⁹¹ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 51; G. Aiello, *op. cit.*, p. 3, ove l’Autore rileva “l’illiceità del motivo con le caratteristiche dell’art. 1345 cc, potrebbe invece rilevare con riferimento all’accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, atteso il preciso richiamo della disciplina codicistica nell’art. 11 della legge n. 241 del 1990, che contiene peraltro un’ulteriore espressa previsione di nullità per il caso della mancanza della forma scritta. Laddove sia accertata la comunanza del motivo illecito, questa potrebbe determinare la nullità della determinazione di cui al comma 4 bis e quindi di un atto endoprocedimentale, ma pur sempre di natura amministrativa che precede l’accordo sostitutivo”.

⁹² A. Bartolini, *op. cit.*, ove l’Autore, per vero, ammette che “la mancanza di contenuto ripropone le medesime problematiche poste dal difetto di volontà”; B. Gilberti, *profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *il foro amministrativo C. d. S.*, n. 5 del 2007, p. 1666; V. Tenore, *op. cit.*, p. 202; F. Caringella, *op. cit.*, ove l’Autore definisce il contenuto, unitamente alla forma, quale unico elemento realmente essenziale del provvedimento amministrativo.

CAPITOLO II

LA RICERCA DELL'ESATTO INQUADRAMENTO DELLA NULLITÀ STRUTTURALE NELL'ATTUALE ORDINAMENTO

1) La nullità strutturale ed i residui, ipotizzabili, casi di inesistenza provvedimento

Intimamente legato al tema della nullità è da sempre stato il contiguo (almeno nell'ambito del diritto amministrativo) rilievo dell'inesistenza. Quest'ultima, invero, non ha creato, nel corso del tempo, soverchi problemi pratici, essendo stata per anni assimilata alla figura della nullità⁹³. Tuttavia, il richiamo delle categorie civilistiche ha da sempre imposto un'opera, quantomeno teorica, di sistemazione nell'ordinamento della figura dell'inesistenza del

⁹³ A. Bartolini, *op. cit.*; R. Caranta, *l'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, p. 89 e ss., ove l'Autore assume che "...la strutturazione su tre piani delle ipotesi di invalidità risulta essere condizione ineliminabile onde poter riscontrare l'operatività di una nozione di inesistenza dell'atto giuridico separata ed autonoma rispetto alla nozione di nullità assoluta" ed ancora "Qualora, infatti, la sistematica dell'invalidità sia caratterizzata da una semplice contrapposizione binaria, e, all'interno della contrapposizione, dalla presenza di una figura di invalidità rimediabile, o annullabilità, la nullità non può che coincidere con l'inesistenza giuridica, e viceversa", il concetto viene, poi, ripreso anche a p. 104; tale affermazione, compiuta nel corso del 1990, suona, ad oggi, come una netta presa di posizione a favore della insussistenza, nell'ordinamento amministrativo, della figura dell'inesistenza. La riforma del 2005 ha delineato un sistema di contrapposizione binaria (per usare le parole dell'Autore), che escluderebbe la figura dell'inesistenza a beneficio delle altre due tipologie di invalidità; R. Tomei, *note in tema di nullità ed annullabilità*, in *rivista amministrativa della repubblica italiana*, fasc. 6 - 7, 1989, p. 892, ove l'A. dà conto della sostanziale indistinzione che ha accompagnato i concetti di nullità ed annullabilità.

provvedimento amministrativo e della sua relazione con la nullità⁹⁴. Come è più volte avvenuto, la giurisprudenza ha adottato un'approccio sostanzialista nei confronti del problema, continuando, pur dopo le sentenze n. 1 e 2 del 1992 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a parlare indistintamente di nullità ed inesistenza, utilizzando spesso la discutibile nozione "nullità/inesistenza"⁹⁵. Tale impostazione ha dovuto subire, per forza di cose, una rimeditazione all'indomani della riforma del 2005 e dell'introduzione della categoria generale della nullità del provvedimento.

Per meglio comprendere i termini della questione e per porsi, con contorni definiti, interrogativi circa la reale consistenza attuale dell'istituto e l'inserimento dello stesso nei confini della visione della nullità strutturale introdotta con il presente lavoro, è opportuno riassumere, seppur per termini generali, le caratteristiche del provvedimento inesistente.

L'introduzione dell'inesistenza, nel mondo del diritto, si deve alla dottrina francese, al fine di temperare le conseguenze della rigida applicazione del principio *pas de*

⁹⁴ M. Tiberii, *op. cit.*, p. 21 e ss. dà conto di come dottrina risalente parlasse indistintamente di nullità ed inesistenza, riferendosi in particolare a De Valles (anche se, già nell'opera del famoso autore è rinvenibile la distinzione tra inesistenza di fatto ed inesistenza di diritto), a Trentin ed a Treves; S. Ferrari, *inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XXII, 1958, p. 514.

⁹⁵ Si rimanda, a tal proposito, alla sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre del 2005 n. 6023, dove si equipara la nullità all'inesistenza, nonostante fosse già entrata in vigore la riforma introdotta con legge n. 15 del 2005.

*nullitè sans texte*⁹⁶. Invero, l'esigenza di introdurre tale nuova categoria derivava proprio dalla necessità che casi non qualificati dalle norme alla stregua di nullità, potessero, purtuttavia, godere del medesimo trattamento in termini di effetti.

Per via della sua matrice, l'inesistenza si è, da sempre, confrontata con la nullità, non causando, tuttavia, particolari problemi, nell'ambito del diritto civile, in virtù di una specificazione legislativa dei contorni della nullità. In diritto amministrativo il discorso è diverso; fino al 2005, infatti, il legislatore non aveva previsto una disciplina generale della nullità, ciò confondeva i confini propri dell'una e dell'altra figura. Si è già detto della giurisprudenza, anche relativamente recente, che non effettuava alcuna distinzione tra l'una e l'altra categoria di invalidità. Ciò è comprensibile se si pensa che dottrina molto influente⁹⁷ assumeva che l'unica tipologia di invalidità che potesse colpire il provvedimento amministrativo era l'annullabilità, con ciò

⁹⁶ M. V. Lumetti, M. De Polis, D. De Bellis, D. P. Borghini, *l'atto amministrativo*, Rimini, 2005, p. 448; D. Macrì, *op. cit.*, p. 269. Si deve, invece, al diritto canonico il merito di aver inaugurato le riflessioni sull'inesistenza, applicando l'istituto al matrimonio.

⁹⁷ A. M. Sandulli, *i limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *rassegna di diritto pubblico*, 1949, I, p. 127; F. Carnelutti, *inesistenza dell'atto giuridico?*, in *diritto processuale*, 1955, ove, l'A. afferma che "l'inesistenza non è, e non può essere diversa dalla nullità"; R. Sacco, voce *nullità ed annullabilità*, in *Nss. D. I.*, vol. XI, 1965 ove rileva che la nullità stenta a trovare posto nella teoria generale in quanto serrata tra la categoria dell'inesistenza (intesa come assenza di almeno uno degli elementi che compongono la struttura indicata per la validità ed efficacia tipica dell'atto) e la categoria dei vizi compatibili con un'efficacia almeno provvisoria (quale si ha quando l'atto è annullabile)".

influenzando negativamente la successiva speculazione giuridica riguardante l'inesistenza⁹⁸ e la nullità.

Nonostante quanto detto, non si ci può esimere dall'attribuire una definizione anche al fenomeno dell'inesistenza del provvedimento amministrativo; un primo approccio ritiene che questa (unitariamente intesa) riguardi il piano della realtà sociologica, naturalistica e pregiuridica⁹⁹. Un diverso orientamento, più incline ad effettuare teorizzazioni maggiormente articolate, scinde il fenomeno dell'inesistenza tra inesistenza materiale ed inesistenza giuridica¹⁰⁰. Quest'ultima si compendierebbe nelle ipotesi (prima del 2005 particolarmente in voga) di mancanza di un elemento strutturale (come la sottoscrizione del provvedimento)¹⁰¹; ciò renderebbe tale categoria non più percorribile (in termini di inesistenza) dopo la riforma del 2005; in sostanza, si avrebbe una totale assimilazione dell'inesistenza giuridica nella nullità strutturale del provvedimento amministrativo. Residuerrebbe, tuttavia, spazio per l'inesistenza in senso materiale, che si determina allorquando sia incerto se l'atto amministrativo esista, ovvero sia stato materialmente adottato (si pensi all'ipotesi di una determinazione della pubblica amministrazione che

⁹⁸ Nonostante ciò, Giannini ebbe modo di dire che "l'inesistenza del provvedimento è una elaborazione dottrinale portata avanti dalla dottrina con molta pertinacia".

⁹⁹ S. De Felice, *op. cit.*. A. M. Romano, *nullità e giudice amministrativo: profili processuali e sostanziali*, in www.altalex.it. D. Ponte, *op. cit.*, p. 27. G. D'Allura, *inesistenza e nullità dell'atto amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it. L. Mazzaroli, *op. cit.*.

¹⁰⁰ D. Ponte, *op. cit.*, p. 29. G. Fares, *l'invalidità del provvedimento amministrativo nella riforma legislativa in itinere*, in *studium iuris* n. 2 del 2005, p. 141. M. V. Lumetti, M. De Polis, D. De Bellis, D. P. Borghini, *op. cit.*, p. 456.

¹⁰¹ R. Caranta, *op. cit.*, p. 101.

non sia mai intervenuta). Indubbiamente, una ipotesi di tal genere, seppur di pregnante rilievo teorico, ben difficilmente potrà verificarsi nella pratica. Resta il merito, di questa teoria, di aver consentito la sopravvivenza dell'istituto dell'inesistenza anche all'indomani della riforma del 2005.

Effettuata questa panoramica sulla rilevata questione, e tenendo presente che l'inesistenza (per dottrina concorde) coglie la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica come tale per l'ordinamento¹⁰², mentre la nullità appare quale reazione sanzionatoria dello stesso ad uno stato invalidante il provvedimento¹⁰³, è bene ora concentrarsi sulle conseguenze che, in termini di effetti, segnano la distinzione tra provvedimento nullo e provvedimento inesistente. A questo riguardo, non si va certo lontano dal

¹⁰² F. Luciani, *premesse allo studio dell'atto amministrativo nullo*, Roma, 2008, p. 18, ove l'A., concordando con Scoca, rileva che “è la norma a dare rilevanza al fatto ed a produrre l'effetto: per cui il ponte tra fatto ed effetto viene interrotto dalla norma, in quanto questa non dà rilevanza al fatto perché questo produca l'effetto, ma piuttosto dà rilevanza al fatto e, in presenza del fatto rilevante, opera a produrre la situazione effettuale”; G. Filanti, *inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 66 e ss., ove l' A. osserva che “l'inesistenza sta, *omissis*, a designare la mancata ricorrenza del concetto, ossia l'irrilevanza giuridica dell'atto che è privo di uno dei tratti caratterizzanti il concetto e non integra perciò la fattispecie. Il negozio nullo, viceversa, presenta tali tratti, integra la fattispecie, e proprio perciò è fatto oggetto di disciplina da parte del legislatore. La nullità designa pertanto la giuridica rilevanza del negozio. *Omissis*. Il negozio nullo, in quanto atto, sia pure negativamente, qualificato, è fatto giuridico; il negozio inesistente è atto inqualificato, e perciò fatto non giuridico. *Omissis*. La funzione di distinguere tra negozio inesistente e negozio nullo è così affidata non ad un dato soltanto accidentale del secondo, la produzione di effetti, ma ad una nota costante: la giuridica rilevanza del secondo cui si contrappone la giuridica irrilevanza del primo”.

¹⁰³ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 299; sentenza TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 settembre 2007, n. 2128, ove si afferma che il provvedimento nullo non è un atto inesistente, altrimenti non sarebbe possibile addivenire ad un giudizio di nullità. In quanto giuridicamente esistente, esso può essere fonte di poteri e doveri e può comportare effetti giuridici reali in virtù di meccanismi di stabilizzazione dei rapporti sul piano sostanziale. La sentenza, poi, definisce funzionale al provvedimento nullo l'impugnativa in termini decadenziali ovvero l'esercizio del potere di autotutela in termini ravvicinati.

vero se si afferma che, in entrambe le ipotesi, l'atto amministrativo è improduttivo di effetti. Già tale rilievo, dal punto di vista pratico, dovrebbe rendere poco appetibile un eventuale approfondimento, tuttavia, in questa sede, non si può esimere dal porre in evidenza come, un atto qualificabile come inesistente non possa, in alcun modo, produrre effetti, ed una eventuale esecuzione dello stesso (qualora possibile) sarebbe esclusiva responsabilità del funzionario esecutore¹⁰⁴ (non avendo il provvedimento inesistente i caratteri di atto emanante dalla pubblica amministrazione); nel caso di provvedimento nullo, come si è avuto modo di rilevare anche nella prima parte del presente lavoro, è ben possibile la produzione di effetti giuridici, quantunque indiretti e frutto di una (pur plausibile) qualificazione giuridica di situazioni di fatto¹⁰⁵. Residuerrebbe anche la questione dell'autotutela¹⁰⁶; secondo alcuni autori, però, non sarebbe possibile né nell'uno, né nell'altro caso; la giurisprudenza pare, invece, aver avallato, senza eccessivi "rimorsi teorici", la possibilità di far luogo all'esercizio dell'autotutela nelle ipotesi di provvedimenti nulli¹⁰⁷.

La ragione che ha indotto a dedicare spazio, nell'ambito del presente lavoro, alle questioni riguardanti l'inesistenza sono

¹⁰⁴ D. Ponte, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁵ M. L. Maddalena, *comportamenti amministrativi e nullità provvedimentoale: prospettive di tutela tra g. o. e g. a.*, in *diritto amministrativo*, n. 3 del 2007, p. 550.

¹⁰⁶ D. Ponte, *op. cit.*, p. 31. *contra* S. Vinti, D. Capotorto, *l'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 5; A. Bartolini, *op. cit.*, p. 325 parla del "riesame" quale figura tipica di procedimento di autotutela attinente il provvedimento nullo.

¹⁰⁷ Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890.

intimamente legate a quanto detto più sopra; tale istituto, infatti, ha vissuto, per lungo tempo, sostanzialmente in simbiosi con la nullità (soprattutto strutturale) del provvedimento amministrativo, confondendosi con essa. La riforma del 2005 ha scompaginato tale equilibrio (o forse fraintendimento)¹⁰⁸ facendo divenire attuale l'interrogativo se sussista ancora spazio, all'interno dell'ordinamento amministrativo, per l'inesistenza del provvedimento.

Tale questione non può che essere posta in relazione al filo guida che conduce questo scritto, ovvero la particolare dimensione dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990. Da quanto si è accennato nei precedenti paragrafi e da quanto più approfonditamente si cercherà di dimostrare in seguito, la nullità strutturale non può essere ricondotta *sic et simpliciter* alla disciplina del codice civile. Indubbiamente, la legge di riforma del procedimento amministrativo ha introdotto principi di matrice civilistica (si pensi all'art. 1, comma 1 bis, ed alla generalizzazione del ricorso alle modalità di cui all'art. 11), tuttavia non sarebbe lecito parlare di un vero appiattimento sul codice civile; almeno per quel che riguarda la disciplina generale della nullità, l'introduzione degli elementi essenziali non ha comportato una sostanziale riedizione dell'art. 1418 del codice civile. Infatti, la norma non legittima interpretazioni estensive prive di un supporto deciso da parte dell'intero sistema della legge n. 241 del 1990. E', quindi opportuno parlare di nullità del provvedimento amministrativo nel solo caso della

¹⁰⁸ A. Piras, voce *invalidità*, in *enciclopedia del diritto*, p. 602.

mancanza degli elementi essenziali, non nel caso in cui questi presentino aspetti patologici, che come tali (nell'impianto del diritto amministrativo) transitano dalla nullità all'annullabilità. Ai fini del presente paragrafo, basti fare cenno a quanto detto.

In una siffatta impostazione, l'inesistenza trova scarso spazio. Le ipotesi di mancanza degli elementi essenziali sono, ad oggi, chiaramente devolute alla disciplina della nullità, lo stesso dicasi (relativamente all'annullabilità) per le ipotesi di illiceità¹⁰⁹. In tale quadro, sfuma fortemente la possibilità di riproporre la figura dell'inesistenza, da sempre accostata ad ipotesi legate alla carenza strutturale del provvedimento (volontà, sottoscrizione, oggetto, ecc.). Indubbiamente, tuttavia, vi sono casi in cui (e si fa riferimento alle ipotesi classiche e manualistiche di atto inesistente adottato *ioci o docenti causa* ovvero l'ordine di insurrezione¹¹⁰) potrebbe continuarsi a parlare di inesistenza, in quanto l'atto compendi vicende del tutto estranee alla fattispecie del provvedimento¹¹¹ imputabile

¹⁰⁹ M. Tiberii, *op. cit.*, afferma (prima della riforma del 2005) "Gli atti giuridici, per non incorrere nella nullità, non devono, dunque, semplicemente risultare dotati di tutti gli elementi positivi, costitutivi della fattispecie tipica, ma devono anche essere privi degli elementi negativi che, ponendosi in contrasto con le norme imperative, qualificano il rapporto illecitamente"; probabilmente, tale tipo di posizione poteva essere portata avanti più agevolmente in mancanza di una norma come quella prevista dall'art. 21 septies della legge n. 214 del 1990.

¹¹⁰ R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 357. S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 9 fanno comunque riferimento, nel caso di specie, alla categoria della nullità per difetto di un elemento essenziale (come il soggetto esercente potestà pubbliche).

¹¹¹ La dottrina prevalente, tra gli anni 50 e gli anni 60, recepì l'equazione carenza di potere = inesistenza dell'atto, come ricorda A. Bartolini, *op. cit.*, p. 29, che rileva anche come, l'inesistenza, intesa come mancanza assoluta di valore, si rivela come un concetto intrinsecamente contraddittorio, in quanto, una volta che la fattispecie inesistente sia oggetto di un giudizio giuridico, la medesima acquista valore giuridico (e non può, pertanto, dirsi non esistente, essendo, invece, oggetto di un giudizio giuridico di disvalore).

all'amministrazione pubblica. In sostanza, potrebbe residuare un ristretto ambito di operatività dell'inesistenza, in tutte le ipotesi (invero scarse e di difficile individuazione pratica) in cui, a titolo esemplificativo, un atto sia adottato con la specifica intenzione di non disporre del pubblico potere e sia sottoscritto da un privato (in tal caso, si avrà anche un indubbio corto circuito con le ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione, secondo quanto esposto nelle pagine precedenti). Si può ben comprendere come ipotesi di tal fatta verranno ben difficilmente all'attenzione delle aule di giustizia, stante la residualità pressochè scontata. Dal punto di vista teorico, è opportuno sottolineare, che l'atto inesistente dovrà essere conosciuto dal giudice ordinario (sulla questione, peraltro, non si sono mai registrate voci discordanti in dottrina e giurisprudenza); ciò in quanto, un atto inesistente (ancor più se adottato da soggetto del tutto estraneo all'apparato amministrativo) non avrà la forza di degradare (per gli amanti della teoria della degradazione) alcun diritto soggettivo. Vero è che, sulla base dell'insegnamento della Corte Costituzionale, l'interesse legittimo preesiste al provvedimento, ciò indurrebbe a credere che, in alcune ipotesi (soprattutto nel caso degli interessi pretesivi), anche l'atto inesistente debba essere conosciuto dal giudice amministrativo; probabilmente, però, nel caso in cui un provvedimento inesistente "incida" su un interesse legittimo preesistente, il giudice amministrativo dovrà dichiarare il difetto di interesse ad agire, in quanto il provvedimento inesistente è del tutto inidoneo a produrre effetti e quindi ad essere lesivo (non sono mancate, a questo proposito, pronunce del giudice

amministrativo, a ridosso della riforma del 2005, che, equiparando le ipotesi di nullità a quelle di inesistenza, hanno dichiarato il difetto di interesse anche innanzi ad ipotesi di provvedimento nullo)¹¹².

Rilevato ciò, non si hanno specifiche obiezioni alla permanenza, all'interno del sistema, dell'inesistenza in senso materiale, fermo restando che, in tali ipotesi, sarebbe maggiormente opportuno parlare di "inesistenza del provvedimento", più che di "provvedimento inesistente", dovendo qualificare una assenza dal mondo fisico di un dato elemento.

2) L'efficacia del provvedimento e la nullità strutturale: il rapporto tra struttura e funzione

Dopo aver affrontato le questioni di carattere preliminare ed essersi soffermati anche sulla problematica coesistenza tra inesistenza e nullità strutturale, la linea argomentativa del presente lavoro si sposta su riflessioni maggiormente legate all'essenza stessa (si passi il termine) del provvedimento amministrativo.

¹¹² Non si sottovalutano, a questo riguardo, le osservazioni condotte da R. Caranta, *op. cit.*, p. 351, sulla necessità che anche il provvedimento amministrativo inesistente sia giustiziabile, a norma dell'art. 24 Cost. ed in ossequio anche a soluzioni, che l'Autore condivide, come quelle accolte in Germania, ove il giudice amministrativo può ben adottare pronunce di accertamento; tuttavia, l'assunto appare più un auspicio che non una tesi giuridica dimostrata, tenendo presente anche che l'azione (presente nell'ordinamento tedesco), cui l'Autore fa riferimento, è certamente un'azione di nullità e non un'azione di inesistenza.

Nel lavoro di ricerca che ha fatto da prologo alla stesura del presente scritto, si sono andati ad indagare i profili caratteristici del provvedimento amministrativo, nel tentativo di ricercare in questi la reale portata dell'istituto della nullità strutturale. In effetti, la storia del provvedimento amministrativo è costellata da molteplici passaggi intermedi che hanno segnato il progressivo sganciarsi di questo dalle teorie del negozio giuridico e dal mondo del diritto privato in generale. Ancora una volta, non pare superfluo rammentare il meritorio lavoro teorico consegnato alla storia da Massimo Severo Giannini, che prende il provvedimento amministrativo dalla culla del diritto privato per ricollocarlo nell'alveo del diritto pubblico (ci venga concesso, anche stavolta, l'uso di un linguaggio colloquiale). Tale rideterminazione dell'assetto del provvedimento amministrativo ha segnato la sua progressiva autonomia rispetto a realtà che, a ben riflettere, mal si conciliavano con le attribuzioni che l'ordinamento aveva conferito a questo, in una parola, con la sua funzione¹¹³.

¹¹³ M. D'Orsogna, *op. cit.*, p. 187, ove si legge "...L'operoso lavoro di distruzione della teoria negoziale dell'atto amministrativo continuò in quelle analisi che, valorizzando il dato (funzionale) del perseguimento dell'interesse pubblico, e, con esso, di tutti i principi pubblicistici su quelli privatistici, giunse, dunque, ad introdurre, nella teoria dell'atto amministrativo, due (nuovi) aspetti: la formazione progressiva della volontà dell'amministrazione e la disciplina dell'invalidità caratterizzata più dal dato funzionale che da quello strutturale, che, un decennio dopo confluirono nella nozione benvenutiana di funzione. L'idea della supremazia e quella dell'interesse pubblico che avevano costituito le due anime della nozione prima di atto d'imperio, e poi di atto amministrativo per un secolo e mezzo, trovarono un punto di fusione originale in quella definizione di provvedimento amministrativo quale *atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico di cui è tributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni soggettive del privato* che è stata la base per la costruzione di una teoria del diritto amministrativo fortemente caratterizzata sul senso della specialità rispetto al diritto privato".

Proprio quest'ultima costituisce il vero spartiacque tra la vecchia teorizzazione del provvedimento amministrativo e la nuova visione di questo inaugurata da Giannini¹¹⁴. Per funzione si intende la naturale tensione del provvedimento amministrativo a perseguire il pubblico interesse. La rivalutazione di questa caratteristica (o meglio, la sua valutazione) segna il definitivo distacco del provvedimento amministrativo dalla risalente visione negoziale, che, come già rilevato nel corso di questo lavoro, poneva particolare attenzione alla struttura (formata dagli elementi essenziali) del provvedimento stesso, assimilando le categorie di invalidità a quelle di matrice privatistica¹¹⁵. L'opera di Giannini, come visto, riforma la teoria del provvedimento (anche se, probabilmente, sarebbe più esatto affermare che per la prima volta, con Giannini, si plasma una teoria del provvedimento), ponendo l'accento sulla funzione fondamentale del provvedimento e sul contesto (tutto di matrice pubblicistica) ove esso si inserisce¹¹⁶. Con tale nuova impostazione, la figura della nullità strutturale (e della struttura, in generale) tende a sfumare, a beneficio di categorie, come l'eccesso di potere, che salvaguardando la funzione, meglio si adattano al perseguimento dell'interesse pubblico.

¹¹⁴ M. S. Giannini, *diritto amministrativo*, Milano, 1993, III ed., p. 236; F. G. Scoca, *la teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *diritto amministrativo* n. 1 del 1995, già cit..

¹¹⁵ F. Caringella, *manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, ove l'A. osserva "...l'impossibilità di effettuare un trapianto automatico della teoria dei requisiti essenziali del negozio giuridico privato dipende dalla prevalenza dell'aspetto funzionale che caratterizza il provvedimento, e comporta una marginalizzazione dell'analisi strutturale della fattispecie".

¹¹⁶ R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 352.

Su queste basi, la nullità strutturale e non, ha vissuto, dall'opera di Giannini in poi, fasi di oblio, alternate, per verità, a tentativi (non sempre andati a buon fine) di riemersione. Si è dato conto, tuttavia, della riforma del 2005 che ha scompaginato tale assetto, reintroducendo prepotentemente (o forse solo codificando in termini perentori) la categoria della nullità strutturale.

Oltre a tale, quasi scontata, riflessione, la riforma del 2005 pone altri interrogativi, certamente più stimolanti per uno studioso. In questa sede, assume rilievo preminente l'osservazione delle modalità attraverso le quali la struttura del provvedimento entra in relazione con la funzione di quest'ultimo. Si dovrà, dunque, indagare il rapporto esistente proprio tra struttura e funzione ed, in particolare, come la prima influenza la seconda. Ora, non può farsi a meno di notare come la riforma del 2005 abbia preso, sull'argomento, una direzione univoca, assumendo, con l'art. 21 septies, che qualsiasi difetto strutturale comporti incisione della funzione del provvedimento¹¹⁷. Infatti, negare ad un provvedimento la produzione di effetti (almeno quelli tipici) fin dall'inizio equivale a svuotarlo

¹¹⁷ P. Forte, *appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo*, in *la nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. Clemente di San Luca, Torino, 2005, p. 181, ove l'A. afferma che "non pare che la previsione della nullità influisca sull'autonomia dell'amministrazione come luogo giuridico di peculiare potere funzionale, in quanto il rilievo del difetto strutturale dell'atto non può dirsi pericoloso per questo suo proprio carattere, ammesso (e forse non concesso) che questa specialità di regime sia ancora di attualità; se di particolare regime amministrativo si può ancora parlare, va riferito alla funzione, e non al soggetto che adotta l'atto, o alla struttura di questo" ed ancora "l'oggetto vero della funzione amministrativa dipende tutto come la realtà in cui esso è immerso viene gestita da chi conduce la funzione. Sicché, ancora una volta, il profilo strutturale della decisione amministrativa finisce coll'essere strumento di rafforzamento nella garanzia di quello funzionale".

della funzione sua propria¹¹⁸. Tale è, inevitabilmente, l'assunto che promana dalla lettera della norma¹¹⁹.

Ciò posto, pare quantomai utile ricondurre tale assunto nell'alveo della visione della nullità strutturale, che con il presente lavoro si sta portando avanti. Ebbene, si comprende come la generalizzata incisione della funzione voluta dall'art. 21 septies, unita alla interpretazione che la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria stanno dando a quest'ultimo, conduca a conseguenze poco accettabili per l'ordinamento amministrativistico e, più in particolare, per il corretto inquadramento dell'istituto. La tacita estensione analogica che molti compiono dell'intero secondo comma dell'art. 1418 del codice civile alla nullità strutturale del provvedimento comporterebbe che vi sia incisione della funzione non solo nei casi di mancanza totale dell'elemento essenziale di volta in volta considerato, ma anche qualora l'elemento vi fosse, ma risultasse affetto da illiceità (si pensi alla causa ed all'oggetto illecito). In tal modo, secondo la linea argomentativa che si sta portando avanti con questo lavoro, vi sarebbe uno sconfinamento della nullità, nella diversa ipotesi di annullabilità per eccesso di potere. Infatti, a ben osservare, l'intenzione del legislatore nell'approvare la norma di cui all'art. 21 septies non è stata quella di

¹¹⁸ M. D'Orsogna, *op. cit.*, p. 269, ove l'A. afferma, quasi profetizzando, che "sembra emergere *omissis* l'esigenza di cristallizzare nella struttura del provvedimento lo svolgimento della funzione al fine di oggettivizzare il più possibile il controllo sulle ragioni che hanno guidato la scelta finale che viene trasfusa nel provvedimento medesimo".

¹¹⁹ D. Macrì, *op. cit.*, p. 284, ricorda infatti che "il negozio nullo può produrre effetti risarcitori, restitutori, ma non spiega i suoi effetti tipici; il negozio nullo produce determinati effetti pratici (determina non effetti giuridici, ma fatti, che a loro volta determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto) costituenti meri fatti materiali, ma che a loro volta possono produrre effetti giuridici".

scompaginare l'intero assetto amministrativo (che, come tale, è in grado di creare affidamento), ma bensì di sanzionare con vigore ipotesi di carenze gravi ed in nessun modo giustificabili nella redazione del provvedimento. Su queste basi, ben si comprende come la mancanza di un elemento essenziale possa incidere sulla funzione, rendendo, peraltro, anche particolarmente complicata l'esecuzione del provvedimento¹²⁰, mentre le ipotesi che vengono ricondotte alla illiceità o indeterminabilità della causa (fermo restando quanto si dirà di qui a breve) o dell'oggetto difficilmente potranno "superare" la forza intrinseca del provvedimento che, naturalmente, tende a perseguire la sua funzione.

In tal modo, lungi dal voler imporre interpretazioni adeguati, pare salvaguardato l'intero sistema amministrativistico; in particolare, non può non tenersi conto della naturale forza di cui è dotato il provvedimento; tale forza, negli anni passati ricondotta alla natura intrinseca del provvedimento, per poi, successivamente, essere riportata sui binari del principio di legalità, non è in grado di essere scalfita da elementi del provvedimento che, essendo ricompresi nella struttura dell'atto, sono tuttavia frutto di un inesatto utilizzo del potere. Si fa, ancora una volta, riferimento alle ipotesi di illiceità dell'oggetto o della causa

¹²⁰ C. Varrone, *nullità e annullabilità del provvedimento*, in www.giustamm.it, ove l'A. afferma "...il legislatore esclude la possibilità che l'atto giuridico sia idoneo alla produzione degli effetti quando, in altri termini, non è chiaro su quale realtà sostanziale l'atto sarebbe destinato ad incidere, ovvero non è possibile dire con certezza da chi è stato posto in essere e con quali finalità, quando cioè o manca l'oggetto, o manca la causa, ovvero non è indicato nei termini richiesti il soggetto, ovvero tutti questi elementi non sono rappresentati nella forma richiesta dalla legge. La mancanza di uno di questi elementi essenziali rifluisce in altri termini sul contenuto dell'atto, termine coniato dalla dottrina, e ripreso dal legislatore, per rimarcare sotto il profilo, sia soggettivo, che oggettivo, la portata dispositiva dell'atto".

(ammesso che quest'ultima sia elemento essenziale); in ipotesi di questa portata, il provvedimento dovrà essere eseguito, perché efficace, in quanto dotato di tutti gli elementi essenziali necessari alla sua composizione¹²¹. Certamente, tale provvedimento non potrà dirsi valido, solo perché abbia superato indenne il vaglio della censura di nullità; dovrà, infatti, sottoporsi al vaglio relativo all'annullabilità per eccesso di potere (ragionevolmente, utilizzando le figure sintomatiche della carenza di istruttoria o dello sviamento di potere) o anche a quello attinente alla violazione di legge¹²². A tal proposito, non pare dubbia la possibilità di utilizzare unicamente quest'ultima categoria, nel caso di provvedimenti vincolati. Questa linea argomentativa, ben si comprende, muta molto (ridimensionandola) l'ampiezza della relazione esistente tra struttura e funzione. Nelle ipotesi da ultimo considerate,

¹²¹L. Alesiani, *op. cit.*, ove l'A. rileva che “Se è vero che l'art. 21 septies prevede la nullità solo per la mancanza degli elementi essenziali e non in caso di loro contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico o al buon costume né in caso di mancanza dei requisiti di determinatezza, determinabilità e possibilità dell'oggetto, ex art. 1418, comma 2, in combinato disposto con gli artt. 1343 e 1346 c. c., non si potrebbe negare che, per il principio della generalizzata (seppur tendenziale) applicazione alla pubblica amministrazione del diritto privato, ai sensi dell'art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990, l'ipotesi della mancanza degli elementi essenziali degli atti giuridici sarebbe del tutto equivalente a quella in cui gli elementi essenziali siano indeterminati o indeterminabili o illeciti perché contrari all'ordine pubblico, al buon costume e a norme imperative poste a protezione di interessi generali sovraordinati alla stessa p. a.. L'assunto, però, rischia di entrare in contraddizione con i principi che regolano l'invalidità nel sistema amministrativo, e con i diversi ruoli rispettivamente in capo alla categoria dell'annullabilità e della nullità. *Omissis*. Ne deriva il significativo corollario che, in linea di principio, l'illiceità di un elemento essenziale determina l'annullabilità del provvedimento, e non la nullità”.

¹²² N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op. cit.*, ove gli A. rilevano che “i caratteri dell'efficacia provvisoria e dell'esecutorietà dell'atto costituiscono strumenti per l'esercizio di una funzione pubblica efficace e rispettosa dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. In altri termini, tali caratteri, connaturati alla funzione di pubblico interesse, risultano indipendenti dalla situazione sostanziale sottesa all'atto, che, quindi, può rivestire la qualifica di provvedimento nullo e, nel contempo, essere in grado di originare effetti rilevanti per l'ordinamento giuridico”.

infatti, una “semplice” illiceità dell’oggetto¹²³ condurrà alle conseguenze tipiche dell’annullabilità del provvedimento, ovvero efficacia immediata¹²⁴, possibilità di esecuzione unilaterale da parte della pubblica amministrazione, possibilità da parte del privato di opporsi all’atto solo attraverso un ricorso giurisdizionale, che necessiterà di apposita istanza cautelare di sospensiva¹²⁵. Non si vuole

¹²³ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 53, ove l’A. afferma che è “troppo semplicistica l’applicazione all’oggetto del provvedimento amministrativo dei requisiti previsti per il contratto. E’ pacifico, infatti che non si possa parlare di liceità, essendo presuntivamente lecito l’esercizio del potere da parte della amministrazione. Parimenti poco significativo appare il requisito della possibilità, a fronte di un esercizio discrezionale del potere medesimo che certamente supera tutto tranne l’inesistenza della res. Rimane dunque la determinatezza ovvero la determinabilità dell’oggetto: ma *omissis* se questo non fosse determinato o determinabile che oggetto sarebbe?”.

¹²⁴ M. Clarich, *il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in *la disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, ove l’A. afferma “... la nozione di efficacia del provvedimento è stata associata tradizionalmente a quella di imperatività (o autoritarietà) e anche, nelle costruzioni più risalenti, di esecutorietà. Il capo IV bis (della legge n. 241 del 1990, *ndr*) scinde nettamente i due aspetti”; M. D’Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *la disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, in cui si legge “la nullità cozzava vigorosamente con la regola della c.d. equiparazione, ossia della equiparazione, quanto alla idoneità a spiegare effetti giuridici, tra provvedimento valido e provvedimento invalido; regola coniata dalla giurisprudenza amministrativa non tanto in ossequio alla disciplina codicistica della annullabilità, quanto, piuttosto, inizialmente sul presupposto della (necessaria salvaguardia della) sovranità che, secondo le teorizzazioni dell’epoca (si fa riferimento al periodo precedente la codificazione della nullità, *ndr*), accompagnavano ogni manifestazione di volontà dell’amministrazione”.

¹²⁵ M. D’Orsogna, *op. cit.*, p. 189, ove l’A. afferma che “uno dei passaggi ancora oscuri nel processo di progressiva emersione del concetto di provvedimento amministrativo e dei suoi caratteri è la spiegazione offerta attraverso l’imperatività alla produzione di effetti giuridici da parte di un atto invalido” ed ancora “...Nella affermata *automaticità* degli effetti del provvedimento imperativo, pertanto, è evidente il peso della tradizione e della concezione del provvedimento come atto di un pubblico potere: esso produce i suoi effetti per forza propria, e non perché questi effetti sono ad esso ricondotti da una norma; dunque, la violazione delle norme dà luogo a invalidità del provvedimento, ma non ne elimina gli effetti”; B. G. Mattarella, *op. cit.*, p. 196 che, tuttavia, inizialmente dà conto di quanto riportato *ut supra*, ma successivamente riconduce l’imperatività sui binari del principio di legalità, affermando come anche “Giannini non abbandonò mai del tutto la concezione secondo la quale il provvedimento trova in sé stesso e nella provenienza dal pubblico potere, e non nella conformità alle norme che attribuiscono il potere di emanarlo, il fondamento della propria efficacia. Anche tra gli studiosi successivi, emerge spesso l’opinione che l’efficacia del provvedimento invalido e l’esigenza di impugnarlo dipendano dalla sua imperatività, piuttosto che dalle norme che disciplinano il processo amministrativo”, per poi evidenziare come “alla base di questo concetto di imperatività, continua ad esservi la concezione del provvedimento come atto dotato di una forza particolare, derivante dal suo essere

negare, con ciò, la gravità di ipotesi relative alla illiceità dell'oggetto, tuttavia la forza (da sempre) attribuita alla pubblica amministrazione deve risiedere anche nella possibilità di agire secondo le categorie della illiceità, non rappresentando, tuttavia, ciò un salvacondotto indiscriminato. Il passaggio che si effettua per tutelare l'azione della pubblica amministrazione incide sugli strumenti di tutela che vengono messi a disposizione del privato. Si transita, quindi dalla non convincente nullità (con relativa azione) alla più confacente annullabilità, passando, quindi, da un regime interamente regolato dalla legge (come la nullità), ad un regime ove è tutto devoluto (anche se con gli ovvi termini decadenziali) all'iniziativa del privato¹²⁶; non tralasciando, ed anzi esaltando, la rilevante discrasia tra un mezzo di tutela e l'altro in termini di effetti del provvedimento¹²⁷.

atto di un pubblico potere. Non si riflette sul fatto che l'efficacia dell'atto fino al suo annullamento, e quindi la provvisoria equiparazione dell'atto invalido a quello valido, sono fenomeni tipici di ogni tipo di atto la cui invalidità sia sanzionata dall'ordinamento con l'annullabilità, piuttosto che con la nullità", infine conclude osservando "...fondare *omissis* l'efficacia sull'imperatività, come spesso fa la giurisprudenza, significa perpetuare una concezione che ha, per così dire, esaurito i suoi effetti e non è più compatibile con l'ordinamento costituzionale, nel quale l'amministrazione è titolare dei poteri ad essa attribuiti dalle norme, non diversamente da ogni altro soggetto dell'ordinamento"; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 592 del 1997, ove si legge che "l'imperatività e l'equiparazione del provvedimento illegittimo a quello legittimo sul piano dell'efficacia sono *punti basilari della scienza del diritto amministrativo*".

¹²⁶ M. D'Orsogna, *op. cit.*, p. 199, ove si afferma che "...l'annullabilità determina un vantaggio per l'amministrazione nei confronti del privato, o almeno una preferenza per l'interesse pubblico rispetto all'interesse privato contrastante con esso".

¹²⁷ S. De Felice, *op. cit.*, assume che "la nullità del provvedimento amministrativo, al contrario di quello annullabile, determinerà, rispetto ad esso, la mancanza dei caratteri di imperatività, efficacia, esecutività, esecutorietà se del caso: in sostanza, l'atto nullo, per i suoi gravi vizi, non è in grado di determinare una modificazione della situazione preesistente".

Così costruita, la vicenda relativa al rapporto tra struttura e funzione è capace di “reggere il peso” tanto dell’ordinamento amministrativistico pre 2005, quanto del retaggio che deriva dalla necessaria autonomia di questo con il mondo del diritto civile. In tal modo, l’illiceità viene ricondotta sui binari dell’eccesso di potere o, al più, della violazione di legge, attribuendo nuovo smalto all’esercizio della funzione, che, essendo di primaria importanza nell’ambito del diritto pubblico, non può subire facili assimilazioni all’orbita del diritto civile.

A ben riflettere, gli interessi dell’ordinamento privatistico e di quello amministrativistico sono particolarmente distanti di fronte ad un oggetto od una causa illecita. Infatti, nel caso di un contratto che si presenti con causa illecita o oggetto illecito sarà interesse dell’ordinamento, espresso peraltro a chiare lettere nel codice civile, sanzionare le parti con l’inefficacia del negozio, con la non meno grave sanzione della rilevabilità d’ufficio da parte del giudice e con la impugnabilità da parte di chiunque ne abbia interesse. L’ordinamento civilistico mostra in ciò equidistanza dalle parti che addivengono al negozio e piena tutela dei traffici e della loro correttezza formale e sostanziale.

La sfera pubblicistica, viceversa, si muove su altri fronti; tutela differentemente il provvedimento che si presenti con oggetto o causa illecita, perché ha di mira interessi diversi rispetto alla sfera privatistica. La difformità di interessi è data, *in primis*, proprio dalla funzione, che segna il tratto differenziale tra il negozio giuridico ed il provvedimento. Ciò che l’ordinamento amministrativistico persegue è

l'esercizio della funzione, ovvero il conseguimento dell'interesse pubblico, arrivando perfino alla presunzione di legittimità degli atti amministrativi che, quantunque affetti da vizi di legittimità, non siano stati impugnati entro il termine decadenziale. Tutelando tale bene primario, si "compie il sacrificio" della categoria della nullità, che non rientra tra gli strumenti atti a favorire il perseguimento dell'interesse pubblico; con tale assetto, l'illiceità di un elemento è una circostanza che, quantunque grave, discende quale risultante di una attività amministrativa discrezionale (anche se non sempre), che presuppone l'esistenza dell'elemento illecito stesso. In sostanza, il perseguimento del pubblico interesse impone che all'illiceità di un elemento corrisponda la sanzione dell'annullabilità per eccesso di potere o, al più, per violazione di legge. D'altro canto, in termini privatistici, e come insegnano gli artt. 1343 e 1346 del codice civile, l'illiceità non è altro che la contrarietà della causa o dell'oggetto a norme imperative (oltre che ad ordine pubblico e buon costume); trasponendo nell'assetto amministrativistico, alla violazione di norme imperative conseguirà, necessariamente, il vizio di violazione di legge e, più in generale, la categoria dell'annullabilità, non mai quella della nullità. Di ciò, comunque, si avrà modo di dire nelle pagine che verranno.

Nel lavoro di riflessione che ha condotto a tali conclusioni, peraltro, non si è tralasciata una teoria, che, tuttavia, non si condivide appieno. Si fa riferimento, in particolare, alla tesi che vuole, quale elemento di saldatura tra struttura a funzione, la causa in concreto intesa quale elemento

essenziale del provvedimento. Si è già fatto cenno, nel corso del presente lavoro alla problematica figura della causa¹²⁸ del provvedimento amministrativo e, soprattutto alla difficile integrazione di questa tra gli elementi essenziali, come intesi dall'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 (anche su tale questione, si ritornerà nel capitolo successivo).

Per causa del provvedimento amministrativo si è, da sempre, inteso l'interesse generale che l'atto persegue¹²⁹. Tale interesse, generalmente, viene tracciato (in maniera più o meno decisa) dalla norma di legge attributiva del potere. Per molti autori, quindi, la causa preesisterebbe al provvedimento, in quanto l'interesse pubblico da perseguire è definito a monte ed, addirittura, prescinderebbe dall'adozione del provvedimento stesso¹³⁰. Per altri commentatori, invece, la causa non potrebbe essere intesa quale elemento essenziale del provvedimento, in quanto, se nell'ordinamento civilistico la causa è necessaria per

¹²⁸ U. Forti, *i motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *il foro italiano*, 1932, p. 288, parte III, commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 30 luglio 1931, ove si assume l'assoluta trasponibilità delle teorie negoziali sulla causa e sui motivi anche agli atti amministrativi.

¹²⁹ A. M. Romano, *nullità e giudice amministrativo: profili processuali e sostanziali*, in www.altalex.com, ove l'A. assume che "la causa, che nell'atto amministrativo si identifica con la funzione, è sempre un elemento essenziale del provvedimento e la sua assenza rende l'atto inesistente, stante il principio di nominatività degli atti amministrativi. Non vi può essere un provvedimento amministrativo senza scopo."

¹³⁰ V. Cerulli Irelli, *corso di diritto amministrativo*, p. 484 e ss., ove l'A. asserisce che "la causa preesiste e resta esterna alla struttura del provvedimento medesimo, onde in nessun modo ne può rappresentare un elemento costitutivo" ciò in quanto il carattere tipico dell'interesse pubblico primario che il provvedimento deve perseguire escluderebbe la necessità di un sindacato sulla meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito. In tal modo, ben si comprende, verrebbe meno l'intera argomentazione relativa alla illiceità della causa quale presunta ipotesi di nullità del provvedimento e, conseguentemente, non vi sarebbe la necessità di riportare tale ipotesi alla categoria dell'annullabilità, che sarebbe l'unica alternativa possibile.

giustificare uno spostamento patrimoniale, nel diritto amministrativo non si ravvisa, viceversa, l'esigenza di giustificare alcuno spostamento patrimoniale¹³¹; inoltre, mentre nel negozio giuridico assume rilievo la direzione della volontà concretizzata nella causa, nel provvedimento amministrativo, invece, non assume rilievo "la direzione della volontà" (o, almeno, non sempre) ed, in ogni caso, la produzione dell'effetto giuridico sarebbe sempre condizionata dalla ricorrenza dell'interesse pubblico normativamente predeterminato; in sostanza, la negazione dell'autonomia della nozione di causa si fonda sull'assunto che l'interesse pubblico, quale elemento comunque "dato" dalla norma, non sarebbe per definizione suscettibile di diventare oggetto di una rappresentazione psicologica che porta alla "manifestazione di volontà"¹³².

Ciò posto, alcuni studiosi hanno inteso recuperare la causa quale elemento del provvedimento, attraverso il riferimento alla causa in concreto, assumendo, di fronte all'astrattezza quasi fisiologica della fattispecie normativa, il superamento dell'idea che l'interesse pubblico concreto sia una "datità" normativa, apprendibile, come tale, dall'amministrazione. L'interesse pubblico, quindi, sarebbe il risultato di un'operazione di "composizione" dei vari interessi pubblici, cui non è più estranea, dopo la legge n. 241 del 1990, la considerazione degli interessi dei privati, volta appunto allo

¹³¹ P. Bodda, *opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in *studi in onore di S. Romano*, II, Padova, 1940, in cui viene effettuata una serrata critica all'opinione di Alessi, come formulata in R. Alessi, *intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, p. 52 e ss..

¹³² M. D'Orsogna, *op. cit.*, p. 241.

scopo precipuo di individuare “la finalità a cui deve rispondere un dato procedimento (ed il relativo provvedimento finale), secondo il criterio della massima soddisfazione dell’interesse pubblico, che costituisce il risultato della complessa operazione di ponderazione comparativa”¹³³. Tale operazione di acquisizione, selezione, comparazione dell’interesse pubblico costituirebbe la causa in concreto, che accederebbe alla struttura del provvedimento.

Con tale artificio giuridico, si creerebbe il punto di convergenza tra struttura e funzione, ovvero si avrebbe un elemento che, inserito nella struttura del provvedimento, rappresenterebbe, in sostanza, la misura della funzione. Di fronte a tale costruzione, non si può fare a meno di esprimere qualche perplessità. Infatti, ricondurre la necessaria operazione di composizione dell’interesse pubblico primario con gli ulteriori interessi di cui la pubblica amministrazione deve tener conto ad un elemento strutturale del provvedimento equivale a compiere un inusitato transito logico dalla categoria dell’annullamento alla categoria della nullità. Tale nullità, per giunta, si avrebbe in ipotesi di difficile identificazione *prima facie*, esattamente in opposizione a quanto si è andato dicendo finora.

Sarebbe, tuttavia, inopportuno trascurare la circostanza che la formulazione della teoria della causa in concreto quale elemento strutturale del provvedimento è intervenuta in un

¹³³ M. D’Orsogna, *op. cit.*, p. 246.

periodo antecedente al 2005, ovvero al momento in cui si sono cristallizzate le ipotesi di nullità strutturale. Indipendentemente da ciò, tuttavia, non si vede come una costruzione del genere possa conciliarsi con il vizio di annullabilità per carenza di istruttoria o per sviamento, stante la circostanza che anche questi vizi, molto più confacenti all'esercizio della funzione (come tutti i vizi di annullabilità), si compendiano in un difetto di acquisizione degli interessi coinvolti nell'iter procedimentale od in un uso improprio del potere attribuito alla pubblica amministrazione.

3) La scelta del legislatore operata nel 2005 segna una cesura con il passato

Nel corso delle pagine precedenti, si è cercato di dare spazio alla nullità del provvedimento amministrativo intesa come istituto giuridico con una sua fisionomia (a volte, non ben definita) e con una sua storia, debitrice, in gran parte, delle categorie negoziali. Inevitabilmente, una trattazione della nullità, nei suoi termini moderni, che avesse fatto a meno di quanto si è avuto modo di dire finora, sarebbe stata incompleta e, certamente, non sarebbe stata in grado di rendere la misura del cambiamento (di enorme rilievo, se non epocale) che si è avuto nel corso del 2005.

A tal proposito, si sono già analizzati alcuni aspetti, sui quali, pertanto, non si ritornerà, come i lunghi lavori preparatori camerali, così come anche gli antecedenti storici che hanno fatto da preludio alla legge n. 15 del 2005.

Ciò che in questa sede preme evidenziare è come, con la riforma più volte citata, si sia invertito un *trend* che appariva ormai consolidato e comprendere le ragioni di tale inversione. Il legislatore, infatti, con l'introduzione della nullità strutturale ha messo in crisi le costruzioni teoriche che, almeno fino al 2005, apparivano incontestate. Per via di ciò, la costruzione negoziale, di cui si è avuto già modo di dire, torna in auge, a discapito della teoria funzionale, voluta e plasmata da Giannini¹³⁴.

In effetti, tuttavia, ridurre la questione dell'introduzione dell'art. 21 septies ad una mera incompatibilità di teorie sul provvedimento, quantunque degne di assoluto rispetto per la loro portata teorica, sarebbe riduttivo e svaluterebbe le problematiche concrete che questa ha comportato.

Ciò posto, e procedendo con ordine, non si può negare che l'art. 21 septies abbia rappresentato un momento di vera cesura con il passato¹³⁵. Senza dubbio, peccano di scarsa

¹³⁴ M. S. Giannini, *il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 1939, p. 119 e ss.; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op. cit.*, ove si legge "...Giannini *omissis* dopo aver sottolineato le profonde differenze esistenti tra provvedimento amministrativo (appartenente al modo della discrezionalità) e negozio giuridico (appartenente al mondo dell'autonomia privata), ritenne inammissibile la trasposizione delle regole civilistiche del negozio agli atti della P.A., anche – e soprattutto – in relazione ai vizi dell'atto"; A. Bartolini, *op. cit.*, p. 157 e ss..

¹³⁵ A. M. Romano, *op. cit.*, p. 1, ove si legge "...mentre nel diritto civile la mancanza di elementi essenziali o la contrarietà a norme imperative comporta automaticamente la nullità del negozio giuridico, nel diritto amministrativo, prima dell'attuale formulazione della legge n. 241, la nullità costituiva una eccezione espressamente comminata da una norma di legge".

attenzione i vari commenti, fioriti all'indomani dell'approvazione della legge n. 15 del 2005, che sottolineano come con la norma più volte citata si sia introdotta per la prima volta, nell'ordinamento amministrativo, la categoria della nullità¹³⁶. Questa, infatti, è categoria risalente, soprattutto per quel che riguarda le nullità cosiddette testuali, rinvenibili, già dagli anni '60, se non prima, in materie come il pubblico impiego o la finanza pubblica, con il fine, neanche tanto mal celato, di far assistere le norme che comportassero spesa pubblica da sanzioni più forti della semplice annullabilità¹³⁷. In un modo o nell'altro, tuttavia, le nullità testuali si adattavano alla concezione funzionale del provvedimento e non ne

¹³⁶ . V. Lumetti, M. De Polis, D. De Bellis, D. P. Borghini, *op. cit.*, p. 462; C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *op. cit.*, p. 1114.

¹³⁷ Si fa riferimento, in particolare, all'art. 4, primo comma, della legge n. 276 del 1971, all'art. 6, terzo comma, della legge n. 70 del 1975, all'art. 9, ultimo comma, della legge n. 761 del 1979, all'art. 53, ottavo comma, ed all'art. 52, quinto comma, del d.lgs. n. 165 del 2001 (quanto al pubblico impiego), alla legge n. 444 del 1994 (quanto al regime della *prorogatio*), all'art. 3, sesto comma, del t. u. sugli impiegati civili dello Stato n. 3 del 1957 (sempre sul pubblico impiego), all'art. 49 della legge n. 833 del 1978 (sulle delibere delle Unità Sanitarie Locali che non prevedano la copertura delle relative spese), all'art. 11 della legge n. 212 del 2002 (in tema di diritto di interpello del contribuente); T. Capitano, *nullità del provvedimento amministrativo*, in *le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005, p. 779, ove l'A. giustamente osserva in nota che "...in alcuni casi sembra proprio che la nullità – con contestuale richiamo alla responsabilità amministrativa e contabile del funzionario che adotta l'atto nullo (responsabilità che sussisterebbe comunque, a prescindere dal richiamo che le norme in argomento sono solite operare) – venga usata dal legislatore come deterrente (come spauracchio, si potrebbe dire) nei confronti dei dirigenti pubblici, per richiamare maggiormente la loro attenzione sugli effetti dei provvedimenti adottati in violazione di determinate norme (e la riprova sta nel fatto che la nullità è stata comminata soprattutto nelle varie leggi di risanamento della finanza pubblica emanate a partire dalla metà degli anni '70 e soprattutto in relazione alle vicende del pubblico impiego). L'Adunanza Plenaria ha poi cercato di recuperare (con successo, bisogna riconoscere) motivazioni più strettamente giuridiche a tale *trend* legislativo, sottolineando soprattutto la necessità di consentire la deducibilità della nullità dei rapporti di pubblico impiego costituiti *contra legem* anche oltre i termini decadenziali, in ragione dell'indubbio interesse pubblico sotteso a tali norme (*omissis*, decisioni n. 1, 2, 5 e 6 del 1992)"; anche da p. 800 e ss.; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 326 e ss.; R. Chieppa, *op. cit.*, p. 1294; A. Bartolini, L. Cesarini, *nullità dell'atto e responsabilità del dirigente*, in www.giust.it ed in www.lexitalia.it, relativamente alle conseguenze, in capo ai dipendenti pubblici, per l'adozione di un atto nullo.

turbavano l'equilibrio. I difetti strutturali, invece, come si è visto, restavano nel limbo tra nullità ed inesistenza, ma non assurgevano a categoria normativa ed, in virtù di ciò, non creavano soverchi attriti con la coeva costruzione teorica del provvedimento.

Il 2005 segna la fine dell'equilibrio di cui si è detto, non solo per la riproposizione della costruzione negoziale del provvedimento, ma anche per la collocazione, all'interno della legge fondamentale del diritto amministrativo, della sanzione della nullità, non più relegata, quindi, a discipline di settore o a singole materie, ma concepita come categoria generale, al pari dell'annullabilità.

Reperire, nel corso della ricerca, le ragioni di tale svolta legislativa, ha rappresentato, senza dubbio, uno dei passaggi più intricati e maggiormente problematici che si sono affrontati. Tuttavia, l'analisi del dato normativo, ma anche dei lavori preparatori a questo, hanno evidenziato una rosa di ragioni e motivazioni, che hanno supportato l'ingresso nell'ordinamento della nullità del provvedimento quale categoria generale¹³⁸. Certamente, tra queste va ricondotta la volontà del legislatore di sanzionare più gravemente alcune forme di deprecabile modalità di *agere* amministrativo¹³⁹, in particolare, come già si è anticipato e come si avrà modo di

¹³⁸ M. Balloriani, *nullità del provvedimento nel rapporto giuridico tra privato e autorità: la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche*, in *le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005, p. 848 e ss..

¹³⁹ D. Macrì, *op. cit.*, p. 258 ove l'A. riferisce che "Nell'ipotesi di nullità, la mancanza di conformità dell'atto allo schema normativo determina un contrasto con valori preminenti della comunità, con la conseguente preclusione di ogni efficacia giuridica dell'atto".

approfondire, quelle modalità redazionali del provvedimento che non rispondono ad alcuna logica amministrativa. Inoltre, tra le ragioni che hanno spinto il legislatore del 2005 ad introdurre l'istituto della nullità strutturale, indubbiamente, non è estranea una sorta di visione comune degli ordinamenti, che ha comportato l'introduzione, con la medesima legge, di alcuni importanti principi di matrice civilistica nell'articolato della legge n. 241 del 1990. Vero è che se alcuni principi, nonostante una indubbia diffidenza iniziale, ben si adattano anche alle categorie del diritto amministrativo (si pensi alla generalizzazione del ricorso agli accordi), alcuni altri principi o istituti necessitano di un maggiore supporto per essere introdotti *ex novo* nell'ambito del diritto amministrativo; è il caso della nullità strutturale¹⁴⁰. Prima di provvedere all'introduzione di tale istituto, probabilmente, sarebbe stata opportuna una riflessione sul trattamento delle norme imperative (anche se, lo si comprende, nel diritto pubblico domina tale ultima categoria)¹⁴¹ nell'ambito della

¹⁴⁰ C. Feliziani, *la nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies l. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *il foro amministrativo C. d. S. n. 10 del 2008*, p. 2741, ove l'A., citando Vincenzo Cerulli Irelli, afferma che “la normazione di diritto privato è di carattere dispositivo;... mentre la normazione di diritto amministrativo è sempre di carattere cogente [...] E perciò, l'area della invalidità amministrativa è assai più vasta”; continua, poi “Si pongano a raffronto provvedimento e contratto. Emerge così, innanzitutto, una netta differenza tra il rapporto norma – provvedimento, da un lato, e norma – contratto, dall'altro. Infatti, mentre l'autonomia contrattuale è riconosciuta in via generale, il potere amministrativo è tipico, nel senso che è finalizzato al perseguimento di determinate finalità e non altre”.

¹⁴¹ T. Capitanio, *op. cit.*, p. 795 ove afferma “...la nozione di norma imperativa (o inderogabile) propria del diritto civile non è la stessa che si può riscontrare in diritto amministrativo, perché nel campo del diritto pubblico tutte le norme sono imperative, nel senso che prescrivono adempimenti obbligatori a carico – prima di tutto – della stessa P.A. agente”; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, ove viene approfondito dettagliatamente il tema delle norme imperative; sentenza T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 7 marzo 2008, n. 609, ove sono presenti interessanti spunti in tema di norme imperative e giurisdizione sugli atti nulli.

disciplina delle invalidità amministrative ed anche una riflessione sulle ripercussioni che tale introduzione avrebbe comportato su alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, per non parlare della disciplina processuale, sostanzialmente dimenticata dal legislatore. Tali riflessioni, molto probabilmente, non hanno fatto da necessario preludio alla nuova normativa, ma tant'è. Come spesso accade, il lavoro del giurista è un lavoro di ricomposizioni e di messa in ordine del materiale che il legislatore, bene o male, fornisce.

Ciò posto, le ragioni e la matrice dell'intervento legislativo del 2005 riportano alla disciplina civilistica¹⁴²; tuttavia, come si è già avuto modo di dire, sarebbe errato dedurre dall'intervento normativo un sostanziale appiattimento della disciplina del provvedimento amministrativo e della sua nullità alle categorie privatistiche¹⁴³. In sostanza, è necessario rifuggire da facili analogie, *in primis* con l'art. 1418 del codice civile¹⁴⁴. Come si è avuto già modo di fare

¹⁴² G. Aiello, *op. cit.*, ove l'A. osserva "il lifting della legge n. 241 del 1990 intende accentuare l'apertura dell'azione amministrativa verso modelli privatistici per adeguare il livello delle prestazioni della P.A. a quelle degli altri operatori economici incoraggiandone la partecipazione ed il controllo critico in tutte le fasi in cui si articolano".

¹⁴³ Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 891, che rileva come la nullità costituisca una forma speciale di invalidità, a differenza di quanto avviene nel diritto civile; *idem* sentenza TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 febbraio 2009, n. 1337; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173.

¹⁴⁴ D. Macrì, *op. cit.*, p. 271, ove si osserva che "L'applicazione della disciplina generale al diritto amministrativo porta al raffronto tra l'art. 1418 del codice civile e l'art. 21 septies della legge n. 15 del 2005..."; F. Caringella, *op. cit.*, ove si assume che "La struttura del primo comma dell'art. 21 septies riprende quella dell'art. 1418 del codice civile, il quale commina la nullità per i contratti *omissis* mancanti dei requisiti previsti dall'art. 1325 del codice civile"; B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1664, ove si legge "Circa la nullità per mancanza di elementi essenziali, è evidente che la norma rifletta la sistematica civilistica dell'art. 1418 del codice civile, la quale prevede la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti elencati all'art. 1325 del codice civile".

cenno nel corso del paragrafo precedente, dalla nullità strutturale del provvedimento amministrativo non deve derivare, come per osmosi, la riconducibilità a tale categoria anche di ipotesi ove l'elemento strutturale è presente anche se indeterminato, indeterminabile o illecito¹⁴⁵. Il legislatore del 2005, utilizzando una disposizione breve, ancorché netta, ha voluto circoscrivere le ipotesi di nullità a circostanze definite e non contrastanti con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere¹⁴⁶. Tale stato di cose è quantomai palese, non solo (e quasi banalmente) per via del dato letterale della norma, ma anche perché in tal modo il legislatore (ferme restando le manchevolezze di cui si è detto sopra) ha voluto consentire che “il sistema rimanesse in piedi”. Quindi, nella riforma del 2005 troviamo elementi di grande novità e di forte cesura con il passato (come la stessa introduzione della nullità strutturale) ed elementi di “conservazione”, come la appena proposta lettura della nullità strutturale. Probabilmente, non potrebbe neanche

¹⁴⁵ Non si vuole, con ciò, aderire alla tesi propugnata da A. Bartolini, *op. cit.*, p. 175, nel senso che l'oggetto non costituisca un elemento essenziale del provvedimento amministrativo. Per l'A. citato, infatti, anche nel caso di totale mancanza dell'oggetto si dovrebbe parlare di potere “mal esercitato”, che comporterebbe l'azionabilità del solo vizio di annullabilità; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4522, ove si accoglie del tutto la tesi che vuole l'oggetto quale elemento essenziale del provvedimento amministrativo, definendolo come “la porzione di realtà giuridica su cui l'atto è destinato ad incidere”, inoltre, ivi ben si prospetta la distinzione tra mancanza totale dell'oggetto e sua patologia (nella specie, determinante una violazione di legge causata dalla mancanza di un presupposto sostanziale); sentenza commentata da L. Carbone, M. D'Adamo con la collaborazione di D. Dell'Oro, in *corriere giuridico*, n. 12 del 2008, p. 4522, ove si osserva come sia, peraltro, necessaria “una lettura interpretativa della disposizione (*ndr*: art. 21 septies della legge n. 241 del 1990), modellata sulle disposizioni sostanziali di derivazione civilistica, concernenti il contratto ed il negozio giuridico”.

¹⁴⁶ G. Fares, *op. cit.*, p. 142, ove l'A. evidenzia il riscontro pratico limitato e marginale che la nullità dovrebbe avere; B. G. Mattarella, *il provvedimento amministrativo*, in *giornale di diritto amministrativo* n. 5 del 2005, ove l'A. si esprime nel senso della innocuità della norma (art. 21 septies, *ndr*), perché le ipotesi di assenza di un elemento essenziale risultano poco più che casi di scuola.

essere diversamente, proprio perché, quando si parla di ordinamento amministrativo, si fa riferimento ad un sistema, che più degli altri, crea affidamento ed ove, ragionevolmente, l'uso della categoria della nullità deve essere limitato il più possibile.

I problemi di natura non teorica di cui si faceva menzione più dietro erano proprio questi, ovvero la possibilità che la categoria di invalidità della nullità travalichi il campo di applicazione assegnatole dal legislatore per andare ad incidere su spazi finora riservati all'annullabilità. Ciò è opportuno che non avvenga (e, qui, il ruolo decisivo è rivestito dalla giurisprudenza), in virtù della circostanza che se così non fosse, la nullità del provvedimento andrebbe ad invadere quel delicato equilibrio basato soprattutto sulla presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, in grado di creare affidamento nei consociati. Ciò supponendo di risolvere la questione (si badi, ancora aperta) relativa al termine decadenziale da apporre all'azione di nullità, nel senso della sua non necessità.

E' chiaro che il ruolo della giurisprudenza è tanto più forte, quanto particolarmente allettante si presenta per molti l'ampliamento della categoria della nullità. Infatti, lungi dall'aver di mira interessi giuridici rilevanti, molti potrebbero utilizzare strumentalmente la categoria della nullità (strutturale e non) per aggirare il termine decadenziale (sempre ferma restando la supposizione di cui sopra) e sovvertire così il sistema che vuole l'intangibilità della decisione amministrativa, una volta decorso il termine

decadenziale di impugnazione (salvo, chiaramente, i casi di annullamento in autotutela, revoca ed, in parte, disapplicazione per opera del giudice ordinario).

Condurre la nullità strutturale sui binari della certezza giuridica significa, quindi, salvaguardare l'intero assetto amministrativo e consentire che tale tipologia di invalidità entri nel sistema contenzioso senza effetti dirompenti. E' necessario, tuttavia intendersi su tale ultimo aspetto. Infatti, l'art. 21 septies è quasi ontologicamente dirompente per l'ordinamento preesistente, tuttavia, nonostante il pur giusto rilievo che si vuol attribuire all'istituto, è necessario ricondurlo ad aspetti comunque poco frequenti nell'ordinario agire amministrativo (si pensi al provvedimento privo di oggetto). In queste, pur rare evenienze, la declaratoria di nullità del provvedimento ha effetti quantomai gravi e, certamente, poco affini a quelle che sono le conseguenze di una pronuncia di annullamento (si pensi anche alla diversità di terminologia che l'introduzione della nullità ha imposto, in particolare per le sentenze dichiarative, che costituiscono una novità per la giustizia amministrativa).

Proprio in virtù del suo forte effetto sull'ordinamento amministrativo, la nullità strutturale deve essere collocata al riparo da facili analogie con il mondo del diritto civile. Come si è già avuto modo di fare cenno, l'ordinamento pubblicistico ha caratterizzazioni differenti rispetto a quello civilistico e premura di questo, oltre alla necessaria garanzia della legalità in senso ampio, deve essere anche la necessaria attenzione riservata ai meccanismi che

consentono alla pubblica amministrazione di funzionare e di prendere decisioni, che siano “in balia” dei consociati fino ad un tempo predeterminato, per poi “guadagnarsi” l’intangibilità. Quest’ultima è, infatti, nell’ordinamento amministrativo un valore prezioso¹⁴⁷, da salvaguardare con cura, attaccabile com’è da una categoria come quella della nullità, capace di azzerare del tutto un provvedimento, non conferendogli la possibilità di produrre effetti (almeno quelli tipici)¹⁴⁸. E’ su questo terreno che si combatte l’”antagonismo” venutosi a creare tra nullità ed annullamento. La nullità non può, per consentire all’amministrazione di funzionare ordinariamente e di prendere decisioni, espandersi su terreni non propri. Di tutto ciò il legislatore era ben conscio nel 2005, quando ha introdotto la nullità e, proprio in ossequio alla particolarità della situazione, ha dettato in termini secchi e scarni la normativa sulla nullità. Certo, da questo punto di vista, come già osservato in precedenza, non si può dire che il

¹⁴⁷ S. Cassese, *le basi costituzionali*, in *trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, ove l’A., trattando del principio di conservazione degli effetti giuridici, osserva che “per il provvedimento è particolarmente forte, per via dell’esigenza di assicurare la realizzazione dell’interesse pubblico”.

¹⁴⁸ F. G. Scoca, *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 San Luca, *già cit.*, p. 167, ove l’A. afferma “...soltanto l’annullabilità è qualcosa che corrisponde alla funzione dell’amministrazione nel perseguire l’interesse pubblico. *Omissis*. Se, invece, si configurano ipotesi di nullità dell’atto amministrativo si nega all’amministrazione la possibilità di perseguire in ogni caso (e comunque con la dovuta immediatezza) l’interesse pubblico”; M. S. Giannini, *discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *rivista di diritto processuale*, XVIII, parte prima, 1963, ove l’illustre A., illustrando i modi di disciplinare la fattispecie del provvedimento invalido, quale “fattispecie sostanzialmente diversa da quella del provvedimento valido” (avendo, comunque presente l’ipotesi di provvedimento annullabile), fa riferimento ai modi di separazione, di equiparazione e di distinzione, sembrando aderire al secondo, anche in virtù di una più consolidata affermazione di tale modo nell’ambito pretorio.

legislatore sia immune da censure, non foss'altro che non si è dato cura di indicare quali siano gli elementi essenziali. Ciò posto, tuttavia, l'accento non va posto su ciò che manca, ma su ciò che è presente nel dato normativo, ovvero la dizione precisa attinente alla "mancanza" degli elementi essenziali. Con tale lemma si è voluta circoscrivere l'applicazione della nullità strutturale ad ipotesi ben definite, non lasciando spazio, intenzionalmente, a smodate assimilazioni civilistiche. D'altro canto, non può neanche dirsi che, non essendo menzionata nell'art. 21 septies, l'ipotesi dell'oggetto illecito debba attingere al ricorso all'analogia e, conseguentemente, all'art 1418 del codice civile. Tale ipotesi è del tutto da accantonare, dal momento che il ricorso all'analogia è plausibile e giustificato solo nelle ipotesi in cui il legislatore lasci spazio ad una lacuna¹⁴⁹; in questa ipotesi, non si è di fronte ad una lacuna, in quanto l'ordinamento amministrativistico prevede una disciplina ben precisa nei casi di oggetto o causa illecita del provvedimento amministrativo e tale disciplina è, senza dubbio, riconducibile alla annullabilità sotto le più varie

¹⁴⁹ M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *la disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, ove l'A. scrive "...l'assenza di un espresso richiamo applicativo alle disposizioni del codice civile, come invece accade nella materia degli accordi, rende per nulla scontata l'applicazione di queste attraverso il richiamo alla interpretazione analogica; sia in ordine alla utilizzabilità degli strumenti processuali tipici della azione di annullamento del processo amministrativo alle esigenze di questo tipo di azione", continua osservando "...se, dunque, la scelta per la inefficacia radicale del provvedimento nullo si fonda sulla applicazione analogica del diritto privato, va attentamente valutato se, al contrario, invece del richiamo alla figura della nullità codicistica ed al regime giuridico di questa, non debba prevalere, quale *eadem ratio*, il richiamo alla regola della c.d. equiparazione da tempo radicata nella tradizione disciplinare del diritto amministrativo e maggiormente aderente anche alla collocazione sistematica della previsione di cause di nullità nel contesto della novella"...il commento che viene da fare è nel senso che, in tal modo, andrebbero a sfumare, sino quasi a scomparire, le differenze tra nullità ed annullabilità.

figure sintomatiche, quale *in primis* il difetto di istruttoria o lo sviamento di potere.

CAPITOLO III

IL PROBLEMA DELLA ILLICEITA' DEGLI ELEMENTI ESSENZIALI ED IL TRATTAMENTO A QUESTA RISERVATA NELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO

1) Le ragioni dell'indagine sull'illiceità

Nelle pagine che precedono si è fatto riferimento alla necessità, per un corretto inquadramento dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, di dare rilievo “a ciò che la norma dice”, piuttosto che a ciò che nella norma manca. Il rilievo, tuttavia, era ben preciso e si riferiva alla necessità di porre l'attenzione sull'inciso della mancanza degli elementi, piuttosto che sulla palese assenza dell'elencazione degli elementi essenziali, dei quali, comunque, si è tentata una ricostruzione nella parte iniziale del presente lavoro.

Modificando il piano concettuale, è bene, ora, dare rilievo a ciò che nella norma non è espressamente enunciato, in senso, tuttavia, diverso rispetto a quanto sopra evidenziato.

Il percorso risulta chiaro, anche sulla base di ciò che si è andato dicendo finora. Pur volendo, infatti, dare la giusta dignità ad apporti teorici che tendono a non assimilare (o, se non altro, a non “costruire in aderenza”) il provvedimento amministrativo al contratto, pur tuttavia, non può

prescindersi da un'evidenza quantomai lampante, presente nei lavori preparatori della legge n. 15 del 2005. Tale evidenza è rappresentata dalla volontà legislativa, in nessun modo celata, di costruire l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 quale sostanziale replica, seppur in campo pubblicistico, dell'art. 1418 del codice civile.

Orbene, da quanto si è già avuto modo di affermare, "l'ambizione legislativa" non pare sia stata soddisfatta. A tal riguardo, ciò che appare già *prima facie* palese è la mancanza, in seno all'ordinamento amministrativo, di uno "strumentario" concettuale e di disciplina positiva, inerente l'intero panorama delle nullità, anche solo potenzialmente raffrontabile alla corposa struttura del diritto civile.

E' bene, tuttavia, procedere per gradi. Infatti, quando si fa riferimento alla mancanza di adeguato "strumentario", si ci riferisce *in primis* (e da qui si inizia ad affrontare la problematica di ciò che nell'art. 21 septies non è espressamente enunciato) al trattamento delle ipotesi di illiceità¹⁵⁰.

La questione, già fatta oggetto di riflessione nell'ambito del presente lavoro, si presenta particolarmente complessa, soprattutto per la necessità di creare una sorta di "ponte" tra l'ordinamento civilistico e quello amministrativistico.

¹⁵⁰ P. Virga, *diritto amministrativo*, Milano, 1992, ove l'illustre A. tiene a precisare che "mentre l'invalidità si riferisce all'atto amministrativo, invece la illiceità si riferisce al comportamento dell'amministrazione"; nonostante l'autorevolezza della presa di posizione, il presente lavoro non è in piena sintonia con quanto espresso dal Virga.

L'iniziativa di cui si è detto ha un'origine ben precisa. Potrà apparire, *prima facie*, inappropriato soffermarsi, in un lavoro (come il presente) che sia dedicato alla nullità per mancanza degli elementi essenziali del provvedimento, sulle ipotesi di illiceità. Tuttavia, esiste una ragione empirica quantomai rilevante, data da un *trend* che si avuto modo di registrare nella dottrina amministrativa¹⁵¹ oltre che, in taluni

¹⁵¹ P. Virga, *op. cit.*, ove si legge “l’oggetto deve essere determinato, possibile e lecito”, in tal modo, l’oggetto, con le sue declinazioni, rientrerebbe tra gli elementi essenziali “in mancanza dei quali l’atto non viene in vita e, se posto in essere, deve considerarsi assolutamente nullo”; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op. cit.*, ove gli A., in termini ricognitivi, affermano “una parte della dottrina fa discendere la nullità dell’atto dalla mancanza dell’oggetto (nonché dalla sua illiceità, impossibilità od indeterminatezza); D. Macrì, *op. cit.*, p. 274 ove l’A. afferma “la mancanza dell’oggetto si realizza ogni qualvolta il provvedimento imponga un’azione impossibile (ad es. nel caso in cui vieti, ordini o autorizzi azioni materialmente impossibili), ovvero illecita, oppure abbia un oggetto indeterminato o indeterminabile od impossibile”; M. D’Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo, già cit.*, ove l’A., riportando l’impostazione tradizionale, afferma che “sono ricondotte alla categoria della nullità strutturale le ipotesi di indeterminatezza, impossibilità ed illiceità del contenuto del provvedimento”; negli stessi termini, R. Chieppa, *il nuovo regime dell’invalidità del provvedimento amministrativo*, in *giustizia amministrativa*, n. 6 del 2005, p. 1295; M. S. Giannini, *op. cit.*, p. 175, ove l’illustre A scrive “l’oggetto è disciplinato dalle norme generali degli atti giuridici: deve quindi essere possibile, certo, determinabile, ecc.”, non fa parola, quindi, della liceità, richiamando però la dimensione civilistica dell’oggetto; allo stesso modo, A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, p. 337 ove si legge “Ove il termine passivo (*ndr*: l’oggetto) mancasse o fosse indeterminato o non idoneo, l’atto amministrativo non potrebbe considerarsi venuto ad esistenza”; R. Caranta, *op. cit.*, p. 102, ove si legge “...la mancanza di uno degli indicati elementi essenziali, impossibilità dell’oggetto, la sua indeterminatezza ed indeterminabilità, l’illiceità della causa, la mancanza di forma prevista ad *substantiam*, tutte determinano nullità (assoluta) o inesistenza”, invero, qui non è fatto parola dell’illiceità dell’oggetto; M. Tiberii, *op. cit.*, ove l’A., anch’egli in termini ricognitivi (citando, in primis, A. M. Sandulli) scrive “...altri insistono nel sostenere che l’oggetto del provvedimento debba risultare determinato (o determinabile), possibile e lecito”; L. Galateria, M. Stipo, *manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1998, p. 477, ove si legge che sono inficiati da invalidità assoluta “i provvedimenti aventi un oggetto impossibile, illecito e indeterminato”; G. Fares, *op. cit.*, p. 142, ove si legge “...è da segnalare la volontà legislativa di adesione all’indirizzo dottrinale propugnatore dell’applicazione in via estensiva al provvedimento amministrativo del principio codificato nell’art. 1418, comma 2, c. c., per il contratto privo di uno dei requisiti costitutivi o essenziali (accordo, causa, forma ove richiesta *ad substantiam*, oggetto, che deve essere possibile, lecito e determinabile)”; G. Aiello, *la nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3, ove l’A. scrive “E’ ovvio, comunque, che la nullità del provvedimento per illiceità dell’oggetto o della causa in concreto perseguita deriverà non solo dalla dimostrazione della violazione dello schema legale tipico, ma anche da quella dell’elemento psicologico dal dolo o della colpa nella condotta dell’agente”, in tal modo, viene aggiunto un elemento in più per la censura dell’illiceità dell’oggetto; C. E. Gallo, *op. cit.*, p. 189 e ss., ove l’A. osserva che “Se il comportamento del funzionario, che ha posto in essere il provvedimento, è penalmente illecito, l’unica conseguenza possibile sul

casi, anche nella giurisprudenza¹⁵², che (probabilmente, in maniera frettolosa) accomuna le ipotesi di mancanza totale

provvedimento è la sua nullità: il provvedimento, infatti, quanto al suo oggetto, risulta contrastante con una norma imperativa, che è quella contenuta nel codice penale”; T. Capitano, *op. cit.*, p. 797, ove, a titolo ricognitivo, si inserisce tra le cause che determinano nullità del provvedimento “indeterminatezza, impossibilità ed illiceità del contenuto, inteso come il regolamento degli interessi recato dall’atto”; A. Bartolini, *op. cit.*, p. 156, che scrive “Si sostiene, altresì, che il provvedimento è nullo quando il proprio oggetto è indeterminato, impossibile ed illecito”, e poi, continua “Tale indirizzo è stato ampiamente criticato. Si è, innanzitutto, notato che la concezione dottrinale della nullità per difetto di uno degli elementi essenziali non è mai stata fatta propria dalla giurisprudenza, se non in qualche *obiter* del Consiglio di Stato. In altre parole, il diritto vivente ha seguito una strada del tutto opposta a quella della teoria negoziale, elaborando un proprio sistema di cause di nullità, basato sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo esercizio del medesimo”, considerando che l’A. scriveva prima della riforma del 2005, non si può far a meno di notare come non sia stato un eccellente profeta, stante la svolta in senso negoziale avutasi con la legge n. 15 del 2005, in base alla quale non è in nessun modo negabile che la nullità del provvedimento sia causata da un difetto strutturale del medesimo; S. Puddu, *contributo ad uno studio sull’anormalità dell’atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, p. 30, ove si legge “si collocano tra le cause di nullità, *omissis*, l’oggetto impossibile, illecito o indeterminato”; *contra* ed in aderenza alla tesi del presente lavoro, anche se in termini apodittici, B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1666, ove in termini perentori è affermato “In linea di principio, l’illiceità di un elemento essenziale determina l’annullabilità del provvedimento”; A. M. Romano, *op. cit.*, p. 4, ove l’A. osserva “Il combinato disposto degli artt. 1418 e 1346 del codice civile commina la nullità anche per l’illiceità dell’oggetto, cioè quando lo stesso sia contrario alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume; nel diritto amministrativo tali fattispecie sono, invece, di norma sanzionate con l’annullabilità”; A. Bruno, C. Cannizzo, *nullità del provvedimento amministrativo*, in www.diritto.it, ove le A., in termini ricognitivi, osservano che “le ipotesi di nullità strutturale, riconducibili alla mancanza, all’indeterminatezza o all’illiceità degli elementi essenziali dell’atto, sono da ricavare dalle norme del codice civile in materia negoziale”.

¹⁵² Sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, n. 372 del 2008, ove si propone una generalizzazione della interpretazione dell’art. 21 septies in funzione degli artt. 1418, 1325 e, soprattutto, 1346 del codice civile. Il caso di specie faceva riferimento ad un’eventuale indeterminabilità dell’oggetto, tuttavia, è innegabile che il rinvio effettuato all’art. 1346 del codice civile coprisse anche i casi di illiceità; vedi anche sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 890 del 2008, già citata a proposito della volontà, che avallando la decisione presa in sede amministrativa e poi confermata in sede contenziosa di primo grado, considera nulle alcune concessioni edilizie rilasciate a seguito di fatti di corruzione, qualificando la fattispecie come carenza di volontà. Come si è avuto modo di esprimersi più sopra, non pare possa affermarsi che concessioni edilizie aventi tutti i requisiti strutturali, seppur adottati in ambiente malsano, possano dirsi carenti dell’elemento della volontà. Su queste basi, allora, è bene riprendere quanto rappresentato da F. Galgano, *commentario del codice civile Scialoja – Branca*, libro IV delle obbligazioni, art. 1418, Bologna, 1998, p. 132 ove si legge “Il contratto con cui il pubblico funzionario, perché compia verso corrispettivo in denaro un atto contrario ai suoi doveri d’ufficio è nullo per illiceità dell’oggetto; il contratto con lo stesso, perché compia verso corrispettivo in denaro un atto rientrante tra i suoi doveri d’ufficio, è nullo per illiceità della causa (compiere l’atto è lecito, illecito è compierlo per denaro). Si veda anche M. Rabitti, *contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, p. 191 che riprende quanto evidenziato da Galgano. Rilevato quanto sopra a proposito del contratto, senza con ciò voler compiere un lavoro di raffronto eccessivamente disinvolto, non sembra possa affermarsi la carenza della volontà in provvedimenti amministrativi come

di un elemento essenziale anche alle ipotesi di illiceità di quest'ultimo. Indubbiamente, tale forzata assimilazione ha delle ragioni riconducibili alla circostanza che l'illiceità degli elementi contrattuali figura essere (o meglio, conduce a) una ipotesi di nullità strutturale; peraltro, entrambe le circostanze sono disciplinate dall'art 1418, secondo comma, del codice civile.

Proprio su questa linea, è opportuno sgombrare il campo da taluni equivoci. Infatti, che la dottrina amministrativistica assimili la mancanza di un elemento alla sua illiceità altro non è che il retaggio di una impostazione civilistica particolarmente rigida, o se non altro, di scarsa visione d'insieme. A ben riflettere, invero, la solida costruzione civilistica non assume che bastino i canonici tre o quattro elementi essenziali di cui all'art. 1325 del codice civile a ché il contratto sia immune da vizi e sostanzialmente valido, bensì pretende che non sia sufficiente che vi sia un oggetto all'interno della struttura negoziale, ma pretende che questo debba avere delle caratteristiche ben specifiche. Tali sono la possibilità, la liceità, la determinatezza o determinabilità.

quelli fatti oggetto della citata pronuncia. Infatti, se potrà rinvenirsi un qualche vizio nella fattispecie, questo non atterrà alla volontà (ben esplicitata), ma semmai a come tale volontà si sia inverata. Pervero, agendo in stretto parallelismo con il diritto civile, potrebbe dirsi che si sia di fronte ad un vizio della causa (per chi la ricomprende tra gli elementi del provvedimento) o dell'oggetto. Indipendentemente da ciò, la sentenza in esame mette in luce la tendenza a voler individuare, quale difetto strutturale, una contrarietà a norme imperative (di natura penale, in tal caso) di un elemento essenziale del contratto. In tal caso, la contrarietà a norma penale verteva, a detta del collegio, sulla volontà, tuttavia discorso analogo pare possa estendersi anche ad elementi quali la causa (ferma la premessa di cui sopra) e, soprattutto, l'oggetto. Si deve precisare, a tal proposito, che la sentenza in commento arriva alla nullità per mancanza di volontà recuperando la categoria del venir meno dell'imputabilità all'Amministrazione per interruzione del rapporto organico. In virtù di ciò, si può osservare, come già rilevato, che il collegio ha del tutto ignorato la categoria dell'eccesso di potere per sviamento o anche, a voler necessariamente perseguire la nullità, anche la categoria del difetto assoluto di attribuzione. Un dato pare certo, non trattavasi di nullità per mancanza di un elemento essenziale.

Ben si comprende, quindi, come tali caratteristiche non siano distinte dall'oggetto (è il caso di dirlo) cui si riferiscono.

L'oggetto che l'art. 1325 del codice civile pretende comporre la struttura del contratto non è, conseguentemente, un requisito spurio, bensì molto qualificato. Quando, quindi, la disciplina civilistica prevede la nullità in caso di mancanza dell'oggetto, essa si riferisce alla mancanza di un oggetto lecito, possibile, determinato o determinabile, tant'è che nell'art. 1418 del codice civile tale impostazione è particolarmente visibile. Ivi, infatti, si sanziona la carenza dell'oggetto nel contratto, ma, successivamente, si specifica che l'oggetto che non abbia le caratteristiche richieste, ma che, tuttavia, strutturi il negozio non assolve alle pretese normative, che, come rilevato, non sono generiche (oggetto *tout court*), bensì specifiche (oggetto che abbia i requisiti di cui all'art. 1346 del codice civile). In sostanza, l'oggetto che non sia lecito, possibile, determinato o determinabile è come se non ci fosse, semplicemente perché la norma codicistica è particolarmente puntuale nel prevedere la presenza di un oggetto contrattuale che abbia talune peculiarità (art. 1346 del codice civile); se non presenta tali peculiarità, è qualcosa di diverso rispetto a ciò che l'ordinamento prevede¹⁵³.

Ditalchè, è consequenziale affermare che la presenza, in un contratto, di un elemento, come l'oggetto, che non abbia le caratteristiche di liceità, possibilità, determinatezza o

¹⁵³ R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 63, ove gli A. definiscono chiaramente "l'oggetto possibile", quale requisito del contratto.

determinabilità comporterà una nullità strutturale, esattamente alla stregua delle ipotesi di carenza totale dell'oggetto. Corollario di tale rilievo è l'identità di sanzione, ovvero la nullità, tanto nel caso di totale mancanza, quanto nel caso di illiceità dell'elemento essenziale.

La dottrina di cui pocanzi si è detto pare essere caduta nell'equivoco di fondo di ritenere del tutto assimilabile la sfera negoziale a quella provvedimentale. Certamente, lo si comprende, il dichiarato intento (nei lavori preparatori) di costruire l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 in aderenza con l'art. 1418 del codice civile non ha aiutato a sgombrare il campo dai dubbi che, con tale operazione, potevano nascere.

Si deve rilevare, pertanto, come la qualificazione in termini di nullità strutturale delle ipotesi di presenza di un oggetto illecito (per comodità di esemplificazione si è scelto tale elemento essenziale) nel contratto non possa servire da lasciapassare per una trasposizione, in termini speculari, nell'ambito amministrativo.

Osta a ciò, una serie di considerazioni che verranno riprese più avanti, ma che, ciononostante, giova anticipare.

In primis, non sembra di poter dire che a parità di situazioni possa esserci un interesse eguale, da parte dell'ordinamento, a trattare in termini speculari le due ipotesi (ovvero l'oggetto illecito, tanto nella realtà negoziale, quanto in quella provvedimentale). Ciò è ancor più vero se si pone mente alla circostanza che la disciplina pubblicistica ha,

storicamente, affrontato tali ipotesi risolvendole in altrettanti casi di annullabilità.

Al di là di ciò, resta il fatto che nulla è detto nella disposizione della legge n. 241 del 1990, oltre i *desiderata* iniziali (il riferimento è alla costruzione in aderenza all'art. 1418 del codice civile). Infatti, se le intenzioni iniziali erano chiare, è possibile dire anche che erano incomplete. In effetti, richiamare l'art. 1418 del codice civile senza affiancarlo agli art. 1325, 1343 e 1346 equivale ad una vera e propria mancanza. Tale mancanza, tuttavia ed a ben vedere, potrebbe essere letta come una precisa scelta operata dal legislatore.

Invero, non persisteva, prima della legge n. 15 del 2005, un vero e proprio vuoto di disciplina di fattispecie del genere¹⁵⁴. Tant'è che è agevole immaginare che la riforma del 2005 abbia voluto incidere unicamente sulle ipotesi caratterizzate dalla mancanza totale dell'elemento essenziale. Se a questo, poi, si aggiunge che la disciplina amministrativistica manca, come visto, di una sostrato normativo eguale a quello formato dagli artt. 1325, 1418, 1343 e 1346 del codice civile è altrettanto agevole

¹⁵⁴ G. Greco, *accordi amministrativi*, Torino, 2003, p. 265, ove l'A., analizzando la "compatibilità" della disciplina contrattuale con il diverso fenomeno degli accordi amministrativi, si dice sostanzialmente favorevole ad un massiccio ricorso ai "principi in tema di contratti", così come, del resto, voluto dallo stesso legislatore all'art. 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990, "per l'imprescindibile esigenza di evitare lacune normative, altrimenti ineluttabili, se si desse un'interpretazione restrittiva del richiamo". Sembra, quindi, che l'ambito di operatività del tema oggetto della presente tesi si discosti dalla materia degli accordi, ove, sostanzialmente, manca una disciplina specifica, devoluta espressamente in buona parte ai principi contrattuali da parte del legislatore; diversamente, la materia dell'invalidità provvedimento pare essere più corposa, quindi meno bisognosa di un indistinto (o quasi) ricorso alla disciplina civilistica, se non nelle limitate sfere in cui ciò si renda inevitabile.

immaginare come l'oggetto (elemento, come si è detto, certamente strutturante il provvedimento amministrativo) preteso dalla disciplina pubblicistica sia diverso da quello, ben più caratterizzato, voluto dal codice civile.

Tali considerazioni nascono dalla constatazione che l'oggetto tanto nell'ambito civilistico, quanto in quello amministrativistico risulta essere un requisito che compone il contratto o il provvedimento in virtù della volontà legislativa ed in forza di quest'ultima viene qualificato e modellato secondo le esigenze del sistema in cui è incardinato.

Nell'ambito che qui interessa, se mancanza c'era, prima che intervenisse la riforma, questa era circoscritta alle ipotesi di visibile carenza redazionale del provvedimento, in quella zona d'ombra a metà strada tra inesistenza e nullità. E' ragionevole immaginare, quindi, che la riforma del 2005, pur rifacendosi palesemente a schemi civilistici, abbia avuto di mira la disciplina di fattispecie ove gli elementi essenziali, neppure definiti (come rilevato), non fossero entrati nel tessuto provvedimentale, lasciando alla tradizionale forma di invalidità, ovvero l'annullabilità, la disciplina delle ipotesi che, viceversa, nel campo civilistico ricadevano nell'ambito di applicazione della nullità strutturale.

Oltre a ciò, diversa ed ulteriore ragione che ha condotto la ricerca a soffermarsi sulle ipotesi di illiceità degli elementi essenziali è data dall'osservazione che i casi di mancanza di un elemento essenziale si pongono come numericamente

poco consistenti, mentre, invece, le circostanze in cui la patologia di un elemento essenziale (quale l'illiceità) possa essere qualificata come nullità (nonostante quanto già anticipato) sono più probabili. Proprio per porre chiarezza in questa vicenda, i cui contorni sono già visibili in giurisprudenza ed ipoteticamente anche suscettibili di riproporsi sovente, si è deciso di dedicare una parte del presente lavoro all'approfondimento delle ipotesi in cui un elemento essenziale del provvedimento presenti profili di illiceità. Quanto alle preoccupazioni riguardanti l'assimilazione dell'illiceità di un elemento alla sua mancanza si è già avuto modo di esprimersi nel corso delle pagine precedenti.

Ancora una volta, è necessario procedere con ordine.

Ora, se il termine di paragone è, per volontà legislativa, l'art. 1418 del codice civile, necessariamente da questo è necessario partire¹⁵⁵. E' palese, peraltro, che quest'ultima norma è certamente più articolata dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 (volendo, fin d'ora, proporre un ragionamento comparativo tra le due disposizioni normative); è, altresì, inequivoco che la disposizione civilistica possa essere ripartita in tre macro aree; la prima riguardante la cosiddetta nullità virtuale, ovvero la contrarietà del contratto alle norme imperative, che soffre alcune eccezioni previste dal legislatore ("...salvo che la legge disponga diversamente"), sostanziosi nell'ipotesi

¹⁵⁵ A. M. Romano, *op. cit.*, p. 3, ove l'A. osserva che "l'analisi comparata della nullità del provvedimento amministrativo con la nullità nel diritto civile risulta un utile esercizio ai fini della ricostruzione dell'istituto che colga gli esatti contorni della disciplina, nel tentativo di definire gli elementi essenziali del provvedimento".

qualificata quale contratto illegale¹⁵⁶; la seconda afferente la nullità strutturale e la nullità per illiceità della causa, dell'oggetto e dei motivi comuni ad entrambe le parti, che non tollera alcuna eccezione (contratto illecito); la terza ed ultima macro area prevede la nullità dei contratti negli altri casi stabiliti dalla legge (nullità testuali). Questa, dunque, risulta essere l'impostazione dell'art. 1418 del codice civile, che, in realtà, come già rilevato, deve essere completata ed integrata dagli artt. 1343 e 1346, relativi alla illiceità di causa ed oggetto.

Questo è il piano di lavoro, almeno dal punto di vista normativo, con il quale l'interprete deve confrontarsi per cercare di trovare una giusta dimensione all'istituto della nullità strutturale del provvedimento amministrativo. Per far ciò, è necessario porsi degli interrogativi afferenti il parallelismo tra le due disposizioni normative. In particolare, ancora una volta, è necessario comprendere quale spazio abbia l'illiceità nel diritto amministrativo e, per tale via, si dovrà affrontare il nodo del trattamento delle norme imperative nell'ambito dei due ordinamenti. Su questo fronte, inoltre, si ci dovrà accertare della possibilità o meno di concepire nullità virtuali nell'ambito del diritto amministrativo. Non possono, poi, in nessun modo essere trascurate le diverse anime dell'illiceità, ovvero l'ordine pubblico ed il buon costume e, quindi, l'indagine sull'ipotesi di un provvedimento contrario a quest'ultime.

¹⁵⁶ A. Albanese, *violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

Aspetto preliminare al discorso che deve affrontarsi è costituito da un chiarimento (od anche, se si preferisce, una semplice presa di posizione) che deve, necessariamente, essere effettuato. Finora, infatti, nel corso del presente lavoro, è rimasta un po' in ombra la questione attinente alla causa (soprattutto) ed all'oggetto, o meglio, alla qualificazione di questi quali elementi essenziali del provvedimento. Risulta particolarmente necessario affrontare quest'ultimo nodo, proprio perché la questione dell'illiceità si gioca (o meglio, verte) proprio su questi due elementi o presunti tali.

2) *Chiarificazione dei dubbi sulla presenza o meno di causa ed oggetto tra gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo*

Prendendo le mosse dal dato meno controverso, ovvero l'oggetto, è opportuno, ancora una volta, identificare quest'ultimo quale elemento essenziale, valorizzando l'insegnamento della giurisprudenza ed anche dei commentatori più qualificati. Certamente, non può sottacersi che la qualificazione dell'oggetto, come già ricordato, sconta una certa magmaticità, che, peraltro, è propria anche dell'oggetto contrattuale¹⁵⁷, tuttavia non può in nessun

¹⁵⁷ G. Alpa, *appunti sulla nozione di oggetto del contratto*, in *vita notarile*, 1981, p. 815; G. Alpa, A. Martini, voce *oggetto del negozio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., Torino, 1995, XIII, p. 36 e ss.; G. Alpa, *l'oggetto*

modo concepirsi un provvedimento privo di oggetto, non foss'altro perché il potere amministrativo deve necessariamente essere convogliato su un qualche bene giuridico od una qualche attività. Peraltro, ipotizzare un provvedimento che sia privo di oggetto, equivarrebbe a legittimare l'esercizio del potere amministrativo che, fattualmente, non potrebbe, neanche in teoria, essere portato ad esecuzione, proprio perché non incidente su alcunché¹⁵⁸.

Riproposto l'assetto dell'oggetto, risulta opportuno, come peraltro anticipato, concentrarsi su una questione nodale, da risolvere una volta per tutte, ovvero se la causa faccia parte della struttura del provvedimento oppure sia un elemento che, quantunque di assoluto rilievo, non sia qualificabile come essenziale nell'economia della costruzione provvedimentale, sempre ammesso che sia identificabile una figura qualificabile come causa anche nel diritto amministrativo.

Dunque, per risolvere il quesito posto, risulta indubbiamente necessario ripercorrere quello che è, in termini civilistici, la nozione di causa¹⁵⁹. Tale istituto, che compare tra gli

ed il contenuto, in *vita notarile*, 1997, fasc. 2, p. 661 e ss., pt. 1; F. Marinelli, *la causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, in *giustizia civile*, 1995, 7 -8, p. 327, o anche, in forma di capitolo, in *gli itinerari del codice civile*, Padova, 2008.

¹⁵⁸ A. Bruno, C. Cannizzo, *op. cit.*, ove le A. esemplificano l'ipotesi di un provvedimento con oggetto illecito nella "gara avente ad oggetto la vendita di un bene incommerciabile"; sentenza Consiglio di Stato, V sez., 19 settembre 2008, n. 4522.

¹⁵⁹ I. Carassale, *la nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, in danno e responsabilità*, n. 1 del 2009, p. 103 e ss., ove l'A. riferisce che, ad oggi, si ci continua ad interrogare se, "nel concetto di causa è insita la necessità che l'ordinamento verifichi l'effettiva razionalità dell'affare. *Omissis*. Il requisito della causa completa l'accordo, nel senso che nel nostro sistema un accordo non è produttivo di effetti se non vi è una giustificazione in relazione al

elementi essenziali del contratto all'art. 1325 del codice civile, figura essere, per precisa menzione nella relazione al re di accompagnamento al nuovo codice, “la funzione economico-sociale”¹⁶⁰ del contratto. Con il tempo e con l'opera teorica di insigni giuristi (G. B. Ferri, tra tutti), la causa ha “cambiato pelle”, distaccandosi sempre più dalla “funzione economico-sociale”, che non le consentiva di avere un'autonoma dimensione rispetto al tipo contrattuale, ed approdando alla nuova dignità di “funzione economico-

sacrificio che ciascun contraente è tenuto a fare. *Omissis*. La funzione della causa è, quindi, duplice: quella di giustificazione causale del contratto diretta a tutelare ciascuno dei contraenti contro impegni privi di ragione; quella di controllo delle posizioni delle parti di fronte ad un eccessivo potere contrattuale di una parte a discapito dell'altra che priverebbe di alcun significato il primo comma dell'art. 1322 c.c.”; F. Maiolo, *il controllo sulla causa tra assenza e illiceità* (nota a trib. di Bergamo, 22 aprile 2008), in *nuova giurisprudenza civile*, n. 1 del 2009, fasc. 1, pt. 1, pp. 3 – 11, ove l'A. sottolinea come “nella riflessione recente la problematica della causa si è avvicinata a quella relativa alla giustizia contrattuale, in particolare, *omissis*, alla questione della giustizia del contratto intesa in senso sostanziale ossia nei termini dell'equivalenza delle prestazioni. *Omissis*, La causa costituisce il più significativo indice della razionalità dello scambio, ossia della possibilità concreta e oggettiva del contratto di raggiungere lo scopo individuato dalle parti”.

¹⁶⁰ E. Betti, *teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953; sentenza Corte di cassazione, 11 agosto 1980, n. 4921, in *repertorio di giustizia civile*, 1980, voce “obbligazioni e contratti”, n. 29; sentenza Corte di Cassazione, 7 maggio 1955, n. 1299, in *giurisprudenza italiana*, 1955, I, p. 487; F. Rolfi, *sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in *corriere giuridico*, n. 1 del 2003, p. 44, ove l'A. ripercorre le tappe dell'evoluzione della causa partendo dal codice civile del 1865 che imponeva, nei contratti, la presenza di una “causa lecita per obbligarsi”, per poi delineare la nozione soggettiva della causa, concepita come “motivo più vicino o immediato che giustificava la conclusione del contratto” ed arrivare alla nozione fatta propria dal codice del 1942, ovvero della causa come funzione economico-sociale, plasmata dalla cosiddetta teoria oggettiva. Con tale ricostruzione, la causa veniva svincolata “dalle parti e dalle motivazioni che avevano spinto queste ultime ad agire”. Da ultimo, l'A. rileva come il passaggio alla nozione di causa quale funzione economico individuale abbia valorizzato anche il ruolo delle motivazioni delle parti che “incrociandosi ed incontrandosi cercano di realizzarsi attraverso la complessiva produzione degli effetti del contratto”, posto che tali motivazioni siano pienamente manifestate; P. Bonfante, *il contratto e la causa del contratto*, in *rivista di diritto commerciale*, n. 1 del 1908, p. 115, ove l'illustre A. definisce la causa una “fatale mania”; M. Giorgianni, *la causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, p. 32 e ss..

individuale”¹⁶¹, solo da poco recepita in termini inequivoci dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione¹⁶².

Facendo ritornare il discorso sui binari del diritto pubblico, il quesito cui è necessario dare una risposta è se, nella struttura provvedimentale è ravvisabile una “funzione

¹⁶¹ G. B. Ferri, *causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; C. Bartolucci, in *tema di causa del contratto* (nota a sentenza Cassazione, sez. III civ., 24 luglio 2007, n. 16315), in *giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 4, p. 859 e ss.; L. Barbiera, *risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *contratti*, n. 8 del 2008, 9, p. 786; A. Galati, *brevi osservazioni in tema di c.d. causa concreta del contratto*, in *giurisprudenza italiana*, n. 7 del 2009; F. Besozzi, *la causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *contratti*, n. 11 del 2007; F. Maiolo, *op. cit.*, ove l’A. afferma che “il diverso pano della verifica della presenza della causa in concreto si sposterebbe, *omissis*, al piano dell’illiceità: per nota dottrina la concezione concreta di causa veicola una valutazione non di assenza di causa (art. 1418, comma 1, c. c.), ma di sua eventuale illiceità (art. 1418, comma 2 e 1343 c. c.). Esito contrastante con quello della sentenza della Cassazione n. 591 del 1999, che parla di assenza della causa (e non di sua illiceità), pur in presenza di uno schema negoziale conforme al tipo”; B. Izzi, *causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *giurisprudenza italiana*, n. 5 del 2008, ove l’A. osserva che la concezione della causa in concreto consente di attribuire un nuovo rilievo anche ai motivi, a patto che questi non siano rimasti nella sfera interna di ciascun contraente; in tal modo, la causa, pur restando nell’alveo della concezione oggettiva, perde di astrattezza; E. Ferrante, *causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *contratto e impresa*, n. 1 del 2009, p. 151 e ss.; R. Campagnolo, *il negozio giuridico con causa esterna fra causalità ed astrattezza*, in *obbligazioni e contratti*, n. 6 del 2007, p. 488 e ss..

¹⁶² Sentenza Cassazione Civile, sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, commentata da F. Rolfi, *la causa come funzione economico sociale: tramonto di un idolum tribus?*, in *corriere giuridico*, n. 12 del 2006, p. 1718, ove l’A. evidenzia come “la concezione di causa scelta dalla terza sezione, *omissis*, rimane una concezione oggettiva, ma perde astrattezza, in quanto non si collega più (seppur latamente ed inconsapevolmente) al tipo, ma alla singola operazione contrattuale concreta”; la medesima sentenza è commentata anche da F. Rimoldi, *la causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *contratti*, n. 7 del 2007, p. 621; ed anche da M. Coccovillo, *la nullità del contratto d’opera per difetto di causa*, in *nuova giurisprudenza civile*, n. 3 del 2007, p. 303; Sentenza Cassazione Civile, sez. III, 24 luglio 2007, n. 16325, commentata da C. Bartolucci, *nota sulla definizione della causa del contratto*, in *giurisprudenza italiana*, n. 4 del 2008, ove l’A. osserva come “abbracciando la teoria della causa in concreto, questa Corte prende le distanze dalla tesi predominante, fino al tempo attuale, la quale ravvisa nella causa quale astratta ed obiettiva funzione economico-sociale che lo schema negoziale è volto a soddisfare. Con la conseguenza per cui, secondo tale impostazione, nei contratti tipici l’elemento causale non può mai essere illecito, essendo stata stabilita dal legislatore la funzione che il meccanismo contrattuale deve svolgere. Soltanto qualora le parti intendano perseguire, con il tipo di contratto scelto, finalità contrarie alla legge, allora l’illiceità del contratto tipico sarebbe sanzionata ex art. 1344 c.c.. Ciò in quanto i fautori di tale teoria cosiddetta oggettiva astratta sostengono che nella causa si sostanzia la ragione per la quale l’ordinamento riconosce il contratto come tale, in forza dell’utilità che la società può trarre dallo schema negoziale. Per lungo tempo, la Cassazione ha fatto propria tale impostazione in molteplici sentenze”; sentenza Corte di Cassazione, sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315.

economico-individuale”. Si è già dato conto della teoria della causa in concreto proposta da Marina D’Orsogna e si sono fatte presenti anche le perplessità in merito ad un elemento, concepito come essenziale, la cui mancanza appare indubbiamente riconducibile al canone dell’eccesso di potere.

In linea ipotetica, a voler ammettere la causa quale elemento essenziale, la si potrebbe costruire allo stesso modo della motivazione del provvedimento, elemento indubbiamente essenziale, ma la cui mancanza determina annullabilità e non nullità, dando così anche un termine di paragone cui raffrontare la teoria della D’Orsogna, se non altro dal punto di vista delle conseguenze¹⁶³. Tuttavia, tale ipotesi non risulta essere confortata da alcun dato normativo, né, tantomeno, dalla tradizione che, viceversa, costruisce la mancanza o la carenza di motivazione in termini di vizio di annullabilità (rispettivamente dovuto a violazione di legge ed eccesso di potere).

A ben ragionare, ogni discorso sulla causa¹⁶⁴, che nel diritto amministrativo trasmuterebbe da “funzione economico-individuale” a “funzione di perseguimento dell’interesse pubblico”, non può che porsi l’interrogativo se la funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento dell’interesse pubblico sta dentro oppure fuori al singolo provvedimento. La ricostruzione che appare

¹⁶³ Sentenza TAR Puglia, Lecce, sez. II, 20 febbraio 2006, n. 1007; sentenza TAR Lazio, sez. II, n. 1942 del 2005.

¹⁶⁴ G. Greco, *accordi amministrativi, già cit.*, p. 232, ove l’A. delinea la diversità tra causa dell’accordo ex art. 11 della legge n. 214 del 1990 e causa dell’atto amministrativo.

più convincente, su cui già si è avuto modo di soffermarsi, sembra essere quella che ritiene che la causa stia fuori dal provvedimento, in quanto ad essa preesista¹⁶⁵, essendo compito della norma attributiva di potere indirizzare l'esercizio del potere stesso al perseguimento dell'interesse pubblico. Il mancato utilizzo o l'uso scorretto di questo potere saranno censurabili sulla base dell'ordinario vizio di eccesso di potere. Sembra, quindi, improprio parlare di causa come elemento che struttura il provvedimento, proprio perché la causa è già legislativamente predeterminata¹⁶⁶.

¹⁶⁵ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 49 ove si osserva “il potere discrezionale è funzionalizzato alla cura e salvaguardia dell'interesse pubblico, questo diventa il canone di comportamento dell'amministrazione, che ha l'obbligo di soddisfarlo. Ne segue che la causa del potere è fuori dalla fattispecie provvedimentale, in quanto causa “remota” che giustifica, legittimandolo, solo l'esercizio del potere amministrativo: sussiste, dunque, indipendentemente dal provvedimento. Non sarebbe possibile considerare elemento essenziale dell'atto un quid che già esiste prima, come causa del potere. Non potrebbe nemmeno esservi corrispondenza tra causa astratta del potere e causa concreta (ma astratta) del provvedimento, essendo i due termini assolutamente identici”.

¹⁶⁶ D. Ponte, *op. cit.*, p. 91, ove si afferma che “...non può essere elemento essenziale la causa, la cui rilevanza è naturalmente sottesa al principio generale dell'autonomia negoziale nella sua accezione più lata (possibilità di concludere qualsivoglia negozio anche non appartenente ai tipi legali), ed è legata al sindacato di meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico (l'esistenza del principio di legalità e di tipicità dei provvedimenti amministrativi retrocede il sindacato sulla funzione alla verifica della rispondenza della fattispecie al tipo legale, e quindi integra invalidità sub specie di annullabilità per violazione di legge o eccesso di potere). Discorso diverso meritano l'oggetto e la forma *omissis*, senza dubbio ascrivibili ad elementi essenziali di qualsiasi atto (e quindi anche a quelli di natura provvedimentale amministrativa)”; A. Bartolini, *op. cit.*, p. 173, ove l'A. osserva “l'interesse pubblico astratto non è la causa del provvedimento, ma, come da tempo evidenziato, la causa del potere amministrativo: la causa, così intesa, è la causa astratta del potere amministrativo non già del provvedimento, e tale rimane anche in assenza di quest'ultimo. Parimenti, l'interesse pubblico specifico, oggetto di cura concreta e ponderata, non può essere considerato come un elemento essenziale la cui mancanza comporti la nullità: si è puntualmente notato che l'assenza di un interesse pubblico concreto si risolve in una violazione delle regole sulla ponderazione, di guisa che la violazione dei principi che presiedono al corretto esercizio della funzione comporta che l'atto, il risultato della funzione, sia inficiato da un vizio di legittimità (l'eccesso di potere), e sia quindi annullabile, non già nullo”; in termini analoghi, B. Cavallo, *provvedimenti e atti*, p. 49; *contra* L. Tarantino, *causa e provvedimento nella novellata l. n. 241 del 1990*, in www.rivista.ssef.it, p. 5, ove l'A. afferma “la causa come ragione dell'atto non può più essere identificata con l'interesse pubblico proprio dell'amministrazione individuato a monte dalla legge e dal cui perseguimento l'agente pubblico non può discostarsi, perché si afferma la convinzione che ciò che giustifica l'adozione dell'atto è quanto traspare dalla motivazione ossia quell'interesse pubblico che è la sintesi ponderata degli interessi pubblici e privati intercettati dall'azione amministrativa”, così dicendo, tuttavia, l'A.

Inoltre, sempre nell'ottica di un parallelismo tra i due ordinamenti, non può neanche parlarsi di una trasposizione della causa civilistica intesa quale "funzione economico-individuale" nell'ambito amministrativistico, proprio perché, come sopra cennato, le origini di tale definizione nascono dalla necessità di staccare la nozione di causa (intesa come funzione economico-sociale) dal parallelismo con il tipo contrattuale, in un ordinamento, come risaputo caratterizzato da piena libertà, da parte dei privati, di addivenire a formule negoziali non tipiche. Nell'ambito del diritto amministrativo e, più in particolare, del provvedimento amministrativo, non si pone in nessun modo un problema di accesso a forme non tipiche di provvedimento, ciò sarebbe intollerabile. A ben rilevare, il concetto di causa si giustifica, in diritto civile, proprio in funzione della libertà negoziale attribuita a ciascun soggetto; infatti, l'ordinamento tollera tale libertà nei limiti del giudizio di meritevolezza dell'assetto contrattuale perseguito, sottoponendo proprio l'elemento causale al vaglio attinente la conformità a fini tollerati dalla legge. Tutto ciò non ha ragion d'essere nell'ambito del diritto amministrativo, posto che non esiste una parallela "libertà provvedimentale" e l'astratta conformità a legge dei singoli provvedimenti (necessariamente tipici) è già presupposta dall'ordinamento. Anche su queste basi, la ragione che ha portato alla nuova definizione negoziale di causa come "funzione economico-individuale" rende difficilmente proponibile, nell'ambito del diritto pubblico, una nozione di

sposa la tesi fatta propria da M. D'Orsogna, *op. cit.*, che si è avuto già modo di criticare in queste pagine.

tal fatta. Probabilmente, peraltro, la stessa ambiguità di fondo che ha accompagnato la risalente definizione di causa quale “funzione economico-sociale”¹⁶⁷ del negozio giuridico, che la rendeva confondibile con il tipo contrattuale, ha tratto in inganno (mi sia consentito usare questa locuzione) anche eminenti esponenti della dottrina amministrativistica (mi riferisco, *in primis*, a Benvenuti)¹⁶⁸ che collocavano, senza difficoltà alcuna, la causa tra gli elementi essenziali del provvedimento.

Certamente, e su questo Benvenuti traccia una linea chiara, il giudizio di legittimità di un provvedimento ha ad oggetto l’impianto causale. Non si ci può che trovare in sintonia con tale affermazione, dal momento che il vizio di “logicità-congruità” (eccesso di potere, *in primis*, quindi) colpisce proprio la dimensione funzionale del provvedimento, o meglio, come la pubblica amministrazione ha utilizzato il potere conferitole e già preordinato, per legge, al perseguimento di un determinato interesse pubblico. Ciò, tuttavia, non comporta che la causa debba entrare nell’impianto strutturale del provvedimento.

¹⁶⁷ M. Balloriani, R. De Rosa, S. Mezzanotte, *diritto civile*, Milano, 2007, p. 506 e ss..

¹⁶⁸ F. Benvenuti, *appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, p. 95, ove l’illustre A. osserva “S’intende, dunque, per causa il rapporto tra (l’interesse protetto dalla) norma e (l’interesse immanente nella) fattispecie reale. Questo rapporto non è, evidentemente, un momento estrinseco all’atto appunto perché l’idoneità di soddisfare insieme l’interesse della norma a disciplinare una fattispecie e l’interesse emergente nella fattispecie è proprio la caratteristica giustificatrice e qualificatoria dell’atto. Quel rapporto diviene quindi misura dell’atto e perciò suo elemento essenziale e determinante. Sotto questo profilo si può anche dire che la causa è l’interesse soddisfatto dall’atto, ma ovviamente, non ogni interesse soddisfatto dall’atto può essere considerato come una causa”.

Facendo un ragionamento a contrario, e per testare la tesi ora proposta, è giovevole immaginare la astratta possibilità di un provvedimento che non sia fornito di quella che finora abbiamo definito causa¹⁶⁹. Di certo, non è privo di causa un provvedimento che persegua un interesse privato, in quanto, in tale ipotesi dovrebbe parlarsi di provvedimento annullabile per eccesso di potere, sotto forma di sviamento, dal momento che in un provvedimento di tal fatta la funzione di perseguimento dell'interesse pubblico è già prestabilita dal legislatore, sarà solo l'opera non conforme dell'amministrazione a rendere tale provvedimento censurabile, ma giammai dal punto di vista strutturale. Altra e diversa ipotesi attiene al provvedimento "superfluo", ovvero il provvedimento per il quale non sia configurabile una ragione giustificativa (si pensi, meramente a titolo esemplificativo, ad un provvedimento che disponga lo spostamento di un determinato oggetto, si faccia il caso di elementi di arredo urbano, da un luogo ad un altro senza che ciò, all'apparenza, sia giustificato da alcunché). In tal caso, quella che finora si è definita causa provvedimentoale sarà egualmente ravvisabile nella norma che attribuisca alla pubblica amministrazione di disporre lo spostamento di pezzi di arredo urbano, tuttavia l'operato della pubblica amministrazione stessa sarà censurabile sulla base, ancora una volta, del vizio di eccesso di potere. Quest'ultimo, infatti, ricomprende, nelle ipotesi di cattivo uso del potere, anche le situazioni caratterizzate da carenza giustificativa

¹⁶⁹ Per la dottrina civilistica, si veda, C. Belfiore, *considerazioni su un negozio senza causa*, in *giurisprudenza di merito*, 2003, 5, p. 885 e ss.; F. Maiolo, *op. cit.*, pp. 3 – 11.

del provvedimento, che, verosimilmente, confluiranno in figure sintomatiche quali la carenza di motivazione (se non assenza completa, che porterebbe ad una violazione di legge), o anche la carenza o insufficienza di istruttoria.

3) Parallelismo tra l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 e l'art. 1418, secondo comma, del codice civile: il trattamento riservato alla violazione della norma imperativa nel diritto amministrativo

Quanto finora argomentato e chiarito, in ordine alla ricomprensione o meno di causa ed oggetto nella struttura provvedimentale, aveva una funzione preliminare, quasi di prologo, a ciò che si andrà dicendo di qui a breve.

Come più sopra anticipato, il tentativo del presente lavoro è quello di raffrontare l'impianto, invero scarno, dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, con quello dell'art. 1418 del codice civile; per far questo è stato necessario comprendere se causa ed oggetto facessero parte della struttura provvedimentale, in quanto, come risaputo, è proprio su causa ed oggetto che verte il giudizio di illiceità contrattuale.

Orbene, si è già avuto modo di evidenziare come le ipotesi di illiceità non rientrino (o meglio, non possano rientrare) tra i vizi che conducono il provvedimento amministrativo

alla nullità. Pare, quindi, giunto il momento di chiarire cosa si intenda per illiceità, utilizzando, all'uopo, categorie civilistiche.

Tale percorso permetterà, lo si spera, di fornire una argomentazione in più, nel senso della non possibilità di un ricorso smodato alla disciplina civilistica e tenendo presente quanto rilevato in merito ad un elemento essenziale come l'oggetto. Quest'ultimo, infatti, nella disciplina provvedimentale risulta costruito in termini certamente più generici rispetto all'oggetto contrattuale, tant'è che si è detto che la liceità dell'oggetto non dovrebbe essere un requisito richiesto dall'ordinamento amministrativo affinché non si configuri la nullità. Ad ogni buon conto, anche a voler ammettere che la liceità sia un necessario requisito dell'oggetto, le conclusioni non sarebbero poi molto differenti

Infatti, e proseguendo nel discorso più sopra intrapreso, in termini semplicistici, l'illiceità non è null'altro che la contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume¹⁷⁰. Ora, tale contrarietà può, come più sopra cennato, incidere di volta, in volta, sull'intero contratto (è l'ipotesi del primo comma dell'art. 1418 del codice civile) od anche sugli elementi che lo compongono, ovvero causa,

¹⁷⁰ R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, già cit., p. 65, ove gli illustri A. si dicono "propensi a parlare di illiceità quando la norma proibitiva si appoggia ad una parallela valutazione dell'atto come antisociale", inoltre, aggiungono che "l'illiceità può essere extragiuridica o giuridica. L'illiceità extragiuridica è la contrarietà ai buoni costumi, distinta dalla contrarietà alla norma imperativa di cui al secondo comma (*ndr*: dell'art. 1418 c. c.). L'illiceità giuridica null'altro può essere se non l'antigiuridicità (ossia, l'illegalità)".

oggetto e motivi comuni (è questa l'ipotesi delineata all'art. 1418, secondo comma, del codice civile)¹⁷¹.

Appare opportuno procedere per gradi e verificare, in termini di raffronto, la trasponibilità della contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume dal diritto civile al diritto amministrativo ed, ancor più, le eventuali differenze di trattamento che i due ordinamenti riservano a tali evenienze. La ragione di tale iter argomentativo è riposta nella necessità di far luce su dove si collochi la illiceità nell'ambito dei vizi del provvedimento amministrativo¹⁷²; si ci rende ben conto di aver già formulato un giudizio quantomai netto a tal proposito, tuttavia si ritiene che vi sia la necessità di un ulteriore approfondimento in merito.

Procedendo con ordine, il primo grande scoglio che è necessario affrontare per sviscerare le questioni poste dalla illiceità è rappresentato dal trattamento della violazione della norma imperativa, che, generalmente, rappresenta la più gran parte delle ipotesi di illiceità.

Come è giusto che sia, appare opportuno prendere le mosse da un tentativo di definizione di norma imperativa,

¹⁷¹ P. Pirruccio, *la nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune*, in *giurisprudenza di merito*, 2005, 1, p. 203; G. B. Ferri, *equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2008, vol. 85, n. 2, p. 171 – 191.

¹⁷² A. M. Romano, *op. cit.*, p. 3, ove l'A. afferma che “*omissis*, nel campo amministrativo siamo in presenza di poteri vincolati alla tutela di un determinato interesse pubblico. Un provvedimento tipico non potrà mai avere una causa illecita proprio perché il fine ultimo dell'atto – la funzione – è predeterminata dall'ordinamento anche se parte della dottrina ritiene astrattamente possibile l'ipotesi di atto criminoso”, da questa premessa, l'A. trae la conseguenza che un atto privo di causa risulta inesistente.

avvertendo, fin da ora, che non vi è univocità di voci in tal senso.

In prima approssimazione, può affermarsi che devono considerarsi norme imperative quelle non derogabili per volontà delle parti: identificandosi queste, generalmente, per la circostanza che non contengono l'inciso "salvo patto contrario", oppure "salva diversa volontà delle parti"¹⁷³. Vi è, tuttavia, una nozione più ristretta, proposta anch'essa da autorevole dottrina, che ritiene la norma imperativa solo quella "di interesse e di ordine generale"¹⁷⁴, identificandola con la norma la cui violazione condurrebbe al cosiddetto contratto illecito, non passibile di alcuna "sanatoria".

Ulteriore definizione vuole che per norme imperative si intendano quelle che pongano comandi e divieti e cioè tanto le norme cosiddette proibitive quanto quelle cosiddette precettive (tali tipologie di norme, peraltro, sarebbero contenute non soltanto nel codice civile, ma anche nei codici di rito, nel codice penale ed, appunto, nelle leggi amministrative)¹⁷⁵, non necessariamente essendo preposte alla tutela di interessi di ordine generale (con ciò, distinguendosi dalle norme inderogabili).

¹⁷³ F. Galgano, *op. cit.*, pp. 81 e ss.; E. Russo, *norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *rivista di diritto civile*, 2001, p. 573; G. De Nova, *norme imperative e autonomia negoziale*, in *rivista critica di diritto privato*, 1985, p. 435 e ss..

¹⁷⁴ Moschella, *il negozio contrario a norme imperative*, in *legislazione economica*, a cura di G. Visentini e G. Vassalli, 1798/79, p. 271; G. D'Amico, *illiceità, immeritevolezza, nullità* a cura di F. Marzio, Napoli, 2004, p. 19.

¹⁷⁵ F. Criscuolo, *la nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, p. 365 e ss.

Riassumendo, il tratto qualificante della norma imperativa è variamente individuato in relazione a tre diversi indirizzi: il primo attribuisce rilievo centrale al contenuto della norma consistente esclusivamente in un comando o in un divieto, qualificando, in relazione a ciò le norme imperative nelle due categorie delle norme precettive o proibitive; il secondo fa coincidere la norma imperativa con la norma inderogabile e la contrappone alle norme dispositive; il terzo identifica la norma imperativa con la norma di interesse o ordine pubblico¹⁷⁶.

Bene o male, nei tre punti sopra riassunti vi sono le attuali visioni della norma imperativa. Tuttavia, qualche approfondimento va approntato soprattutto in merito al secondo punto, ovvero l'assimilazione della norma imperativa alla norma inderogabile (punto che, ai fini del presente lavoro, risulta essere di rilievo non secondario). Orbene, far coincidere l'imperatività con l'inderogabilità è per alcuni profili poco utile e per altri parzialmente inesatto. L'analisi delle norme inderogabili dimostra infatti che, sebbene la norma imperativa proibitiva sia per sua natura anche inderogabile, non vale necessariamente il contrario. Ciò ha indotto ad affermare che il grado di imperatività della norma violata richiesto ai fini della nullità del contratto è necessariamente più elevato di quello che si esprime nella constatazione della non derogabilità per volontà delle parti¹⁷⁷. Questo grado più elevato sarebbe da

¹⁷⁶ M. Rabitti, *contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, pp. 85 e ss..

¹⁷⁷ M. Rabitti, *op. cit.* p. 88; F. Galgano, *op. cit.*, p. 82; G. De Nova, *il contratto contrario a norme imperative*, in *rivista critica di diritto privato*, 1985 p. 440; G. D'Amico, *op. cit.*, si esprime in questi termini "se inderogabilità ed imperatività

ritrovarsi nella tutela dell'interesse generale cui sarebbero preposte solo alcune delle norme imperative; ciò imporrebbe all'interprete di valutare, caso per caso, se la violazione della norma imperativa comporti o meno la nullità del contratto, se, in sostanza, la norma imperativa violata fosse stata preposta alla tutela di interessi generali. E', in linea di massima, il medesimo ragionamento compiuto, in tempi ormai risalenti, dal Ferrara, il quale argomentava dicendo che "il negozio illecito, in senso tecnico, risulta dalla contraddizione di una dichiarazione di volontà con una *lex prohibitiva perfecta*", richiamando, all'uopo, le categorie ulpianee di *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* e *leges imperfectae*. Tuttavia, per il Ferrara, ciò non si rivelava sufficiente, in quanto l'illecito scaturisce da norme proibitive per eccellenza, che hanno per effetto di rendere assolutamente nullo il negozio vietato, avendo per fondamento valori come la difesa della sicurezza giuridica e, più in generale, un interesse sociale¹⁷⁸.

Per cercare di tirare le fila del discorso, quindi, pare assodato che la norma imperativa, la cui violazione comporta nullità, soffra una certa "divisione per gradi di incisività", ovvero sia annovera, al proprio interno, norme che tutelano interessi generali e che comportano inevitabilmente la nullità, in caso di violazione e norme che,

appaiono concetti collegati ed interferenti (le norme imperative sono norme inderogabili), essi non sono tuttavia coincidenti (non tutte le norme inderogabili sono anche norme imperative).

¹⁷⁸ F. Ferrara, *teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, pp. 23 e ss., il quale prosegue affermando "...quando, invece, si tratta soltanto di uno scopo di polizia, di finanza, di disciplina, allora il divieto che ne scaturisce non tocca l'esistenza ed efficacia del negozio vietato, ma può produrre secondo i casi delle penalità, delle multe, dei provvedimenti disciplinari e simili".

diversamente, tutelano interessi meno rilevanti per l'ordinamento, che condurranno anch'esse alla nullità, che tuttavia potrà soffrire eccezioni (è il caso dell'art. 1418, primo comma).

Ora, stante quanto fin qui evidenziato, ulteriore passaggio fondamentale è rappresentato dalla trasposizione di quanto finora si è andato dicendo nel campo del diritto amministrativo. In buona sostanza, l'intendimento è quello di comprendere se anche nel diritto oggetto del presente lavoro vi sia il medesimo spazio per simili graduazioni della norma imperativa e, più ancora, se vi sia la possibilità di configurare nell'ambito del diritto amministrativo le nullità virtuali. Tutto ciò, ancora una volta, servirà per comprendere se l'illiceità¹⁷⁹, o meglio, la contrarietà a norma imperativa, possa determinare, nell'ambito del diritto amministrativo una nullità provvedimentoale, che incida, sempre nell'ottica del presente lavoro, sulla struttura del provvedimento.

Ancora una volta, il discorso non può che prendere le mosse dalla norma imperativa. Si è già dato spazio alla definizione di quest'ultima, o meglio, alle definizioni; resta, tuttavia, da comprendere quale sia l'ambito di operatività delle norme imperative nel diritto amministrativo e, più in generale, nel diritto pubblico.

¹⁷⁹ R. Cavallo Perin, voce *validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, p. 617, ove l'A. osserva "la validità degli atti amministrativi è stata studiata nel diritto amministrativo dal punto di vista peculiare della conformità alle norme che disciplinano i poteri pubblici nei confronti delle posizioni soggettive ad essi correlati: l'esistenza, la nullità, o la liceità degli atti e provvedimenti amministrativi è vista anzitutto come giuridica esistenza della definizione dei poteri pubblici, al pari di come la legittimità degli atti è risolta dalla verifica di un legittimo esercizio del potere pubblico".

La soluzione, in linea di massima, è più facilmente rintracciabile rispetto a quanto detto a proposito del diritto civile; infatti, il diritto amministrativo è la *sedes* privilegiata della norma imperativa¹⁸⁰; anzi, a ben riflettere, la norma imperativa che interessa il diritto amministrativo è proprio quella che attiene alla tutela di interessi generali, in breve, quella che, per Ferrara, porta, senza tentennamenti, alla nullità del contratto. Da ciò, consegue tutta una serie di corollari ben individuabili. *In primis*, è opportuno riflettere sulla circostanza che nel diritto amministrativo non è presente, oltre alla serie di graduazioni della nullità, anche una graduazione delle norme imperative, caratterizzante, come visto, l'assetto del codice civile. Quindi, nell'ambito della branca del diritto pubblico che ci occupa, non è dato ravvisare il medesimo panorama variegato sulle norme imperative, che, invece, qualifica l'assetto del codice civile¹⁸¹.

¹⁸⁰ G. Greco, *accordi amministrativi*, già cit., p. 225, ove l'A., diversamente, assume che sia "difficile ritenere che siano imperative le norme che disciplinano il procedimento amministrativo, ampiamente derogabili da istituti del tipo della conferenza di servizi".

¹⁸¹ S. Magra, *principio di conservazione del provvedimento amministrativo fra nullità, annullabilità e inesistenza*, in www.overlex.it, p. 13, ove l'A. afferma che "...in siffatto contesto di disciplina, residua poco spazio per la nullità virtuale, vale a dire non espressamente prevista dal testo di legge, la quale si riscontra, quando tale sanzione sia applicata a casi, in cui vi sia violazione di una disposizione inderogabile, pur non essendo prevista in modo espresso dalla legge la sanzione della nullità. Più in particolare, il legislatore, nell'art. 21 septies, definisce come nullo il provvedimento, che manca degli elementi essenziali (c.d. "nullità strutturale"). Si evince agevolmente il tentativo di mutuare le categorie giuridiche del diritto civile (cfr. artt. 1325 e 1418). *Omissis*. Resta da domandarsi se la violazione di norme imperative, non accompagnate da relativa sanzione, possa comportare nullità, in conformità a quanto disposto dall'art. 1418 codice civile. Ciò sembra contraddire la considerazione, in base alla quale la violazione di legge è qualificata dall'ordinamento come causa di annullabilità del provvedimento amministrativo, a tutela della stabilità del medesimo. Appare non condivisibile l'opinione, in base alla quale occorrerebbe distinguere fra disposizioni imperative dotate di una cogenza maggiore, alla cui violazione si adatterebbe solo la previsione della nullità, e norme imperative, dotate di una cogenza minore, che possono essere assistite dalla mera annullabilità del provvedimento amministrativo. In altri termini,

A questo punto è bene porre in evidenza quale sia il trattamento che il diritto amministrativo riserva alla violazione della norma imperativa. Tale passaggio segna, senza dubbio, uno degli aspetti di maggiore diversità tra la disciplina di diritto civile e la disciplina di diritto pubblico. Infatti, come già messo in rilievo nel Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato¹⁸² e come ribadito con la legge n. 15 del 2005, di novella della legge n. 241 del 1990, la violazione di legge presente nell'atto amministrativo comporta l'annullabilità di quest'ultimo. Con le disposizioni sul vizio di violazione di legge, il legislatore ha voluto

non sembra sussistano argomenti decisivi per configurare, in diritto amministrativo, la distinzione tra norme imperative d'azione, sanzionate indefettibilmente con la nullità, e norme imperative di relazione, assistite dalla sanzione dell'annullabilità. Manca un fondamento normativo di tale distinzione"; D. Dell'Oro, *brevi note in tema di nullità-inesistenza del provvedimento amministrativo*, in www.lexitalia.it, ove l'A. commenta nel senso che "la distinzione tra norme inderogabili e imperative, a differenza del diritto privato, non serve al fine di accertare la validità dell'atto, ma solo per discernere le disposizioni di legge che lasciano all'amministrazione un margine di scelta discrezionale nell'esercizio concreto del potere da quelle che la vincolano in modo puntuale, senza consentirle alcuna valutazione. Si è ribadito, comunque, che l'inosservanza di queste ultime implica l'illegittimità dell'atto per violazione di legge e, quindi, la sua annullabilità, senza che residui spazio alcuno per una più grave ipotesi di invalidità (paragonabile alla nullità) che impedisca al provvedimento di produrre i suoi effetti tipici"; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 166 del 1998, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 241 e ss; sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, n. 210 del 1992, in *Consiglio di Stato*, 1992, II, p. 196 e ss., ove è argomentato che "le violazioni, per quanto gravi, di norme imperative, quali sono di regola tutte quelle attinenti allo svolgimento dei poteri pubblici, od anche di attribuzioni di competenza disciplinate direttamente dalla Costituzione, danno luogo a semplice invalidità degli atti amministrativi, che deve essere fatta valere dall'interessato nel prescritto termine di decadenza, *omissis*"; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35 ove si chiarisce che, nel diritto amministrativo, la nozione di norma imperativa riporta al concetto di potere vincolato (per il cui esercizio la P.A. non dispone cioè di margini di discrezionalità), ossia ad un ordine concettuale assolutamente diverso da quello che la nozione di imperatività evoca nel diritto privato; *contra* G. Zarro, *l'archetipo della nullità virtuale in diritto amministrativo*, in *il foro amministrativo T.A.R.* n. 12 del 2007, ove l'A. dà conto di una diversa teoria, "partendo dal dato che tutte le norme del diritto amministrativo sono imperative, si è proposto di distinguere tra norme imperative di azione e norme imperative di relazione ovvero, mutuando la terminologia Kantiana, tra imperativi categorici ed imperativi ipotetici. Gli imperativi categorici o norme imperative di azione, sarebbero insofferenti a qualsiasi sfera di discrezionalità e libertà di scelta da parte dell'amministrazione e sono sanzionate indefettibilmente in termini di nullità, le norme imperative di relazione, o imperativi ipotetici, invece, lascerebbero residuare in capo alla p.a. un margine di azione, e sono assistite soltanto dall'annullabilità".

¹⁸² Art. 26, R. D. 26 giugno 1924 n. 1054.

censurare i provvedimenti amministrativi che, in termini generali (ciò ha reso tale vizio anche una tipologia di vizio residuale), fossero costruiti in spregio a normative di legge¹⁸³. Se poi, come più sopra riferito, il diritto amministrativo è la sede naturale della norma imperativa, è agevole comprendere come l'annullabilità sia la risposta voluta dal legislatore alle ipotesi di atto amministrativo che violasse una norma imperativa¹⁸⁴.

Procedendo su questa linea, è da rilevare anche come ciò fornisca una risposta alla plausibilità, all'interno della sistematica del diritto amministrativo, della configurazione di nullità virtuali, ovvero le nullità che non sono espressamente sancite da una norma specifica, ma si sostanziano nella violazione di una norma imperativa, appunto (è la tipologia di nullità prevista proprio dal primo comma dell'art 1418 del codice civile). Nonostante si prenda atto di qualche voce discorde in dottrina¹⁸⁵, si rileva

¹⁸³ Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5809, in *urbanistica e appalti*, n. 4 del 2009, con commento di G. D'Angelo, ove si rileva come il giudice amministrativo non debba procedere automaticamente a rilevare la nullità di due permessi di costruire, quando sia stata accertata ex art. 444 c.p.p. la commissione del reato di edificazione abusiva e di falso ideologico in atto pubblico. Ciò deriva dalla circostanza che il giudice penale non ha dichiarato la nullità degli atti in questione, nonostante i reati censurati (*ndr*: e nonostante, diremmo, anche l'obbligo ex art. 537, comma 1, c.p.p in capo al giudice), ed anche per via della circostanza che "la mera contrarietà a norme imperative, come è noto, non può essere sufficiente ai fini della nullità del provvedimento amministrativo; la nullità dell'atto amministrativo deve essere configurata secondo le regole del diritto amministrativo; anche nel caso di falsità dell'atto, non necessariamente ricorre un'ipotesi di nullità (si pensi, del resto, all'atto viziato per eccesso di potere per travisamento dei fatti)". In sostanza, nel caso di specie, si è trattato non di carenza assoluta della volontà provvedimentale, ma di formazione viziata della volontà del Comune per effetto dell'induzione in errore operata dai privati.

¹⁸⁴ G. D'Angelo, *nullità dell'atto "da reato" e giurisdizione nelle controversie su atti nulli*, in *urbanistica e appalti*, n. 4 del 2009, p. 461, ove l'A. rileva come "La mera contrarietà a norme imperative, come è noto, non può essere sufficiente ai fini della nullità del provvedimento amministrativo".

¹⁸⁵ R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 312, ove gli A. affermano che "l'art. 21 septies, inoltre, annovera tra le cause di nullità due ipotesi classiche di carenza di

come l'ordinamento amministrativo non tolleri nullità virtuali¹⁸⁶. Ciò si deduce, *in primis*, dal dato legislativo che prevede la violazione di legge tra le cause di annullabilità del provvedimento amministrativo e poi, *in secundis*, anche da un aspetto quantomai sottovalutato. A tal proposito, si deve osservare, sempre nell'ottica di un ideale "ponte" tra

potere – il difetto di attribuzione ed il provvedimento adottato in violazione del giudicato – dando così la stura alla configurabilità della nullità virtuale del provvedimento amministrativo. La nullità per carenza di attribuzione, *omissis*, consiste, infatti, nella lesione della norma imperativa che vieta all'amministrazione di curare interessi pubblici diversi da quelli attribuiti dalla norma, *omissis*. In questo senso si può affermare che la nullità per difetto di attribuzione sia, in realtà, un'ipotesi di nullità virtuale. Discorso analogo deve farsi con riferimento al provvedimento adottato in violazione del giudicato; anche qui siamo in presenza di una ipotesi di nullità virtuale per violazione della norma imperativa che impone in capo all'autorità amministrativa l'obbligo di conformarsi al giudicato". In tal guisa, gli Autori considerano come virtuali tipologie di nullità specificamente codificate dal legislatore; sulla stessa linea argomentativa, T. Capitanio, *op. cit.*, p. 810 e 833 e ss.; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op. cit.*, ove gli A. riferiscono di un orientamento, invero non supportato da significative pronunce giurisprudenziali, secondo cui "tutte le ipotesi di carenza di potere sarebbero in realtà riconducibili a violazioni di norme imperative, da cui discenderebbe, quindi, il regime della nullità, non circoscrivibile, perciò, ai soli casi espressamente previsti dalla legge. La premessa di tale orientamento, secondo cui sarebbe possibile individuare una distinzione all'interno delle norme di diritto pubblico e, di conseguenza, far discendere la nullità virtuale dei provvedimenti amministrativi solo in caso di violazione di quelle norme catalogabili fra le *imperative*, è stata però duramente criticata da parte della dottrina prevalente, la quale ha affermato che le norme di diritto pubblico, a differenza di quelle di diritto privato, sarebbero *tutte* imperative, con la conseguenza che la loro lesione non potrebbe che comportare in ogni caso una mera violazione di legge e, quindi, l'annullabilità dell'atto. Di recente è stata, però, avanzata un'obiezione a tale critica da parte di chi (*ndr*: A. Bartolini) individua una distinzione tra norme contenenti imperativi categorici (norme di relazione) la cui violazione sarebbe da ascrivere alla suddetta nullità virtuale, e norme recanti imperativi ipotetici (norme di azione), il cui mancato rispetto configurerebbe, al contrario, una mera violazione di legge".

¹⁸⁶ Per una interessante e recente trattazione della nullità virtuale in termini civilistici, si veda G. D'Amico, *nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *contratti*, n. 7 del 2009, p. 732 e ss., ove l'A. registra "un ravvicinamento tra nullità (almeno nella forma della nullità di protezione – *ndr* ricorrente soprattutto nella legislazione consumeristica) e annullabilità, tutto misurato (in alcune prospettazioni, almeno) proprio sul terreno della scoperta secondo la quale anche un negozio nullo avrebbe idoneità a produrre gli effetti suoi propri", infatti "E' diffusa l'idea che la relatività della legittimazione all'azione di nullità implichi che – sino a quando la nullità stessa non sia fatta valere dal contraente legittimato – il contratto o la clausola siano efficaci, sebbene si tratti di una efficacia interinale e precaria. E così, ad es., si afferma esplicitamente che, nelle nullità speciali, il dogma (come viene chiamato) della assoluta inefficacia del negozio giuridico risulta del tutto superato, e la produzione di effetti giuridici è ormai da considerare connotato regolare della nullità speciale"; sentenza Cassazione, sez. unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, in *corriere giuridico*, 2008, p. 223 e ss., con commento di V. Mariconda, *l'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*.

disposizioni civilistiche ed amministrativistiche, come il legislatore non riproduca la disposizione presente nell'art. 1418, primo comma, del codice civile anche nell'ambito dell'ordinamento amministrativo; infatti, pur non volendo procedere ad una mera ricognizione del dato legislativo, non si può fare a meno di notare come non si ravvisi la presenza di disposizioni del genere "il provvedimento amministrativo che viola una norma imperativa è nullo". Su questo fronte, si deve osservare, il legislatore pare essere stato particolarmente accorto (diversamente da quanto detto a proposito della mancanza dell'elencazione degli elementi strutturali), in quanto, una disposizione di tal genere avrebbe creato un insostenibile corto circuito tra le disposizioni in tema di nullità e l'art. 21 octies, primo comma, della legge n. 241 del 1990. Sulla medesima linea argomentativa, stesso discorso va fatto proprio per l'illiceità della causa (anche se si è già visto come sia bene espungere tale categoria dal novero degli elementi essenziali) e dell'oggetto¹⁸⁷; infatti, sanzionare con la nullità la violazione di norme imperative da parte di causa ed oggetto avrebbe avuto il medesimo significato (ed avrebbe, pertanto creato il medesimo corto circuito di cui si è detto) di una norma che sanzionasse con la nullità la violazione di norme imperative da parte del provvedimento amministrativo interamente inteso.

¹⁸⁷ A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989 p. 682 ove l'illustre A. ipotizza, quale provvedimento amministrativo a contenuto illecito, quello recante l'ordine di sottoporre un detenuto a maltrattamenti.

4) (Segue) *l'ordine pubblico ed il buon costume*

Proseguendo l'indagine sul trattamento che l'ordinamento amministrativo riserva alla illiceità (pur sempre nell'ottica di verificare come questa incida sugli elementi essenziali), è opportuno centrare l'attenzione sugli ulteriori due canoni che, tradizionalmente, la compongono, unitamente alla violazione di norma imperativa¹⁸⁸, ovvero la contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume.

In tal senso, si ritiene utile, dal punto di vista metodologico, ripercorrere la medesima impostazione utilizzata per la trattazione della norma imperativa e delle conseguenze per la sua violazione.

Si prenderanno le mosse, conseguentemente, dal tentativo, invero storicamente arduo, di definire i canoni dell'ordine pubblico e del buon costume, per poi riflettere su come la violazione di questi (ammesso che sia plausibile) si atteggi nell'ambito del diritto amministrativo.

Orbene, la sensazione di muoversi sulle “sabbie mobili”¹⁸⁹, nel tentativo di definire i canoni dell'ordine pubblico e del

¹⁸⁸ F. Di Marzio, *la nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 325, ove l'A. afferma “Norme imperative, ordine pubblico e buon costume esauriscono la categoria dell'illiceità. Tuttavia, non si sostanziano in concetti distinti e sovrapponibili. Infatti, *omissis*, il criterio cardine e comprensivo degli altri due (e perciò esaustivo per il giudizio di illiceità) è dato dal contrasto del contratto con i precetti dell'ordine pubblico”, in termini analoghi vedi p. 349.

¹⁸⁹ G. D'Amico, *op. cit.*, p. 30; Breccia, *causa, in il contratto in generale*, a cura di Alpa, Breccia, Liserre), in *trattato di diritto privato* dir. da M. Bessone, XIII ed., T. III, Torino, 1999, p. 147 e ss., ove l'A., dopo aver affermato che in materia di ordine pubblico tutto o quasi è in discussione, evidenzia come siano “controverse le origini, ignote negli anni che hanno preceduto la codificazione francese, della direttiva generale dell'ordine pubblico; è discussa la possibilità di assegnare a una tale

buon costume, accompagna innegabilmente l'approccio al problema, stante la evidente difficoltà di definire termini storicamente sfuggenti.

Procedendo con ordine e per puro ossequio al dato normativo, si prenderanno le mosse dalla definizione (o dal tentativo di definizione) dell'ordine pubblico.

Partendo dalle origini, sembra appurato che per trovare le prime tracce della nozione di ordine pubblico si debba risalire al diritto romano, ove il concetto coincideva indissolubilmente con lo *ius publicum*, nei due diversi significati intesi sia come complesso di leggi aventi ad oggetto l'organizzazione del pubblico potere, sia, in senso più ampio, come insieme di regole di diritto privato che tutto il popolo ha interesse a che non siano violate, senza ferire l'intero corpo della società. In tal senso, quindi, ordine pubblico e diritto non si presentavano quali concetti distinti¹⁹⁰.

formula un ruolo ulteriore rispetto al riferimento alle norme imperative; sono oggetto di dispute i contenuti di una tale clausola generale e la possibilità stessa, analizzata soprattutto dalla letteratura francese, di individuare varie articolazioni dell'ordine pubblico (per es: ordine pubblico politico ed ordine pubblico economico); ed, in seno al secondo, ordine pubblico direttivo ed ordine pubblico protettivo), nonché dei mutamenti che la nozione ha subito nel corso degli anni”.

¹⁹⁰ F. Ferrara, *op. cit.*, p. 45 e ss., ove l'A., in una apprezzabile ricostruzione storica del canone dell'ordine pubblico, descrive come Mauquin concepiva l'ordine pubblico, quale “regolamento della società, disposizione delle persone, delle corporazioni, delle autorità pubbliche nella società. *Omissis*. L'ordine pubblico, dunque, è un effetto, una conseguenza, una produzione della legge: *leggi che interessano l'ordine pubblico*, con l'altra: *leggi che producono l'ordine pubblico*”, soffermandosi, poi, su come, viceversa, Aglave definisce l'ordine pubblico “... è organizzazione della società e le leggi che lo interessano sono quelle che regolano più o meno direttamente questa organizzazione. Ma l'ordine pubblico non ha una esistenza logica indipendente, esso non preesiste al legislatore, ma emana da esso e non esiste che per esso. La legge, infatti, è padrona di organizzare la società, come più le piace, e come l'ordine pubblico è strettamente legato a questa organizzazione, di cui non è che una delle facce, si può dire che la volontà sola della legge le dà la nascita. In realtà, l'ordine pubblico non è che un modo, una maniera di essere, che possiedono certe cose, un punto di vista particolare, sotto il quale il legislatore

Per avere, poi, una netta evoluzione del concetto di ordine pubblico è necessario arrivare al periodo post-rivoluzionario francese, ovvero alla codificazione napoleonica¹⁹¹.

In questo ambito, probabilmente, l'espressione ordine pubblico si ricollega all'esigenza di ripristinare l'ordine dopo il disordine, di sostituire lo spirito delle leggi a quello della rivoluzione, sempre nell'ottica, tuttavia, di intendere per ordine pubblico l'ordine sociale instaurato con la rivoluzione¹⁹². In tal modo, l'ordine pubblico funge da presupposto alla legge, sia intesa come diritto pubblico, che come diritto privato. Si assiste all'allontanamento della stretta assimilazione tra ordine pubblico e diritto pubblico (propria del diritto romano), a beneficio di una concezione maggiormente individualista (perché è l'individuo a

considera talune sue disposizioni. Soltanto il diritto pubblico è quello che interessa l'ordine pubblico”.

¹⁹¹ G. B. Ferri, *ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 45 e ss.; M. Di Pumpo, *l'ordine pubblico economico e la nullità del contratto*, in www.diritto.net/content/view/819/7/; N. Marchei, *ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *fam. pers. succ.*, n. 3 del 2009, p. 220; V. Pescatore, *riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *obbligazioni e contratti*, n. 5 del 2006, p. 415 e ss.; sentenza Cassazione civile, sez. lavoro, 23 febbraio 2006, n. 4040, in *CED Cassazione*, 2006, sull'ordine pubblico internazionale; V. Roppo, *il contratto*, Milano, 2001, p. 405, ove l'A. affrontando l'analisi della clausola generale dell'ordine pubblico, individua una distinzione fra ordine pubblico economico, comprendente i principi che presiedono alla produzione e alla circolazione, e ordine pubblico di protezione: “esso (ossia l'ordine pubblico) implica il confronto tra la posizione e gli interessi di categorie economico-sociali contrapposte sul mercato; muove dal riconoscimento che delle due categorie l'una si trova rispetto all'altra in condizioni di debolezza, così che i suoi interessi meritevoli di tutela rischiano di essere sacrificati per la forza prevalente della categoria contrapposta; e suggerisce politiche di protezione della categoria *debole*, per contrastare lo squilibrio e il sacrificio che la realtà mette a suo carico”.

¹⁹² A. Guarneri, *ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche / Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 156, ove l'Autore dimostra come dai lavori preparatori al codice civile francese si evinca che l'ordine pubblico era, comunque, considerato sinonimo di diritto pubblico e come i compilatori del *Code Napoleon*, sancendo il divieto di convenzioni contrarie alle leggi che interessano l'ordine pubblico, intendevano sostanzialmente recepire la regola di Papiniano “*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” e la regola di Ulpiano “*Privatorum conventio iuri publico non derogat*”; D'Amico, *op. cit.*, p. 32.

costituire il problema centrale della nuova era inaugurata con la rivoluzione), sostanziate in quei valori che caratterizzano la posizione dell'individuo in una società e che, proprio per questo assumono un rilievo essenziale e non sono disponibili ai privati¹⁹³. In virtù di ciò, l'ordine pubblico si atteggia come limite all'agire negoziale, esprimendo l'esigenza che i privati, con le loro convenzioni, non sovvertano quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale e che lo Stato considera essenziali e caratterizzanti l'organizzazione sociale.

Su queste basi, se, in termini teorici, già risulta difficoltoso delineare i contorni dell'ordine pubblico¹⁹⁴, la questione si fa assai più ardua quando si voglia passare dalla teoria alla pratica, anche perché si dà il caso che non esista una vera definizione legislativa di ordine pubblico, se si eccettua il considerando n. 39 della dir. 98/44 CE del 6 luglio 1998 sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche, ove è dato leggere una definizione (invero scarna) che assume che *“l'ordine pubblico ed il buon costume corrispondono in particolare a principi etici o morali riconosciuti in uno Stato membro”*.

¹⁹³ G. B. Ferri, *op. ult. cit.*, p. 62 ove l'A. illustra che “L'ordine pubblico, *omissis*, assume una precisa caratterizzazione economica; incide essenzialmente nei rapporti patrimoniali che gli individui pongono in essere tra loro, esprimendo l'esigenza che le convenzioni che questi rapporti patrimoniali creano, non distruggano i cardini del nuovo ordine sociale. *Omissis*. L'ordine pubblico, dunque, non pone limiti ai diritti fondamentali dell'individuo, in funzione delle superiori esigenze dello Stato, ma pone limiti all'autonomia dei privati per il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo”.

¹⁹⁴ G. B. Ferri, voce *ordine pubblico*, in *enciclopedia del diritto*, ove l'A. ben ricostruisce le origini storiche dell'istituto.

Ora, indubbiamente, l'ordine pubblico non può essere considerato *sic et simpliciter* alla stregua di una norma imperativa¹⁹⁵, anche perché ciò non terrebbe in considerazione la circostanza che il codice civile distingue nettamente le due figure, pur ricollegando loro la medesima sanzione in caso di violazione. La soluzione data per risolvere questa tendenza ad assimilare i due concetti comporta la costruzione del canone dell'ordine pubblico quale “principio-valore”, scaturente dai principi (espressi) di talune norme imperative, che presidiano gli interessi e gli assetti primari dello Stato, quindi, *in primis*, dai principi costituzionali (anche se non solo)¹⁹⁶. Trattasi di “principi-valori” di rilevanza pubblicistica, cui i privati non possono derogare e che, tuttavia, non sono fatti oggetto di specifiche norme imperative (tant'è che il canone dell'ordine pubblico dovrebbe innestarsi in assenza di norme imperative specifiche)¹⁹⁷.

¹⁹⁵ F. Criscuolo, *op. cit.*, p. 366, ove l'A., pur dando conto della teoria che sfuma il confine tra i concetti di norma imperativa ed ordine pubblico, ritiene fuorviante tale assimilazione, “perché non tiene conto della possibilità, del resto testualmente prevista dall'art. 1418, di deroghe che, in qualche modo, possono degradare il rango della norma, consentendoci di discriminare più chiaramente quei due concetti”.

¹⁹⁶ F. Di Marzio, *op. cit.*, p. 349 ove l'A. rileva che “L'opinione corrente ritiene che esso (*ndr*: l'ordine pubblico) esprima i valori fondamentali dell'ordinamento in un determinato momento storico, ponendosi come limite all'autonomia privata che, nel suo libero esplicarsi, deve comunque rispettare quei valori”.

¹⁹⁷ G. D'Amico, *op. cit.*, p. 43 che evidenzia, in nota, come “la stipulazione per cui taluno dovrà dare una somma di denaro se si sposa, se non si sposa, se divorzia, urta contro una norma diversa dalla mera definizione dell'art. 1321. E tale definizione non può essere altro che una delle regole non scritte cui si riferisce l'art. 1343”, in una parola, l'ordine pubblico; *Contra*, F. Di Marzio, *op. cit.*, p. 360 che, accogliendo l'indirizzo classico propugnato dal Ferrara, disattende l'opinione che vede nell'ordine pubblico e nel buon costume limiti ulteriori e residuali rispetto a quelli posti da norme imperative, con la conseguenza che ordine pubblico e buon costume verrebbero in campo solo in mancanza di norme imperative che espressamente sanzionino l'atto; R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, *già cit.*, p. 93, ove gli illustri A. rilevano che “l'ordine pubblico interno può essere concepito in due modi principali. Secondo una concezione più normativistica, esso si presenta come un insieme di norme giuridiche

Per dare maggiore concretezza a quanto finora si è andato dicendo, è opportuno evidenziare come, più volte, la giurisprudenza, anche costituzionale, si sia dovuta confrontare con il canone dell'ordine pubblico, plasmando in termini tangibili quei "principi-valori" di cui sopra. Infatti, il giudice costituzionale, con sentenza n. 18 del 1982, ebbe modo di esprimersi nel senso che "l'ordine pubblico è il complesso delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società"¹⁹⁸. Oltre alla pronuncia della Consulta, interesse ricopre anche la riflessione cristallizzata nella sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 2091 del 5 luglio 1971¹⁹⁹, ove si legge che "l'ordine pubblico interno viene dalla dottrina individuato nel complesso dei principi generali, fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico o dei vari rami di esso, ricavabili da un sistema di norme imperative. Queste hanno carattere cogente e dunque rientrano anch'esse nell'ordine pubblico (vengono, infatti, dette anche norme di

legali inderogabili: e allora non si distingue dall'insieme delle norme imperative se non, forse, per una più marcata forza cogente (ad es.: per una più vasta applicabilità retroattiva). Secondo una diversa concezione, esso costituisce invece un insieme di norme extralegali, cui la legge fa rinvio. *Omissis*. Più recentemente si tende nuovamente a identificare l'ordine pubblico in un insieme di principi fondamentali, immanenti nel sistema e desumibili da esso", a titolo di esempio, poi, propone "il divieto di patteggiare la servitù personale, i diritti immobiliari personali, la cartellizzazione corporativa, le disparità di trattamento dei cittadini".

¹⁹⁸ Esempio quantomai lampante dell'elasticità del concetto di ordine pubblico si ritrova nell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 sul divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (divieto da ritenersi di ordine pubblico), ad oggi venuto meno grazie al d.lgs. n. 276 del 2003, che, evidentemente, legge una diversa esigenza della società con conseguente modifica del canone di ordine pubblico legato a tale settore.

¹⁹⁹ Pubblicata in *foro italiano*, 1971, I, p. 2190.

ordine pubblico); se, dunque, la legge, accanto alle norme imperative, menziona separatamente l'ordine pubblico, è evidente che esso, per differenziarsi dalle norme codificate, non può che consistere, appunto, in principi generali: sono anch'essi regole giuridiche, a carattere sussidiario o integrativo (ma non per questo meno importanti di quelle esplicite), o di chiusura, norme, cioè, atte a completare l'ordinamento in quelle che sono tutte le sue implicazioni, e a rendere possibile la disciplina di tutti quei casi della vita reale cui non corrispondono (o non corrispondono ancora) norme specifiche. L'ordine pubblico corrisponde, per tale stessa sua natura, ad una nozione di contenuto elastico e storicamente variabile, *omissis*, che può articolarsi e specificarsi secondo i grandi settori dell'ordinamento (ordine pubblico costituzionale, sociale, economico, familiare, ecc.)²⁰⁰.

Non pare possa andarsi oltre le puntuali parole della Consulta e della Suprema Corte di Cassazione per individuare l'essenza dell'ordine pubblico.

Problemi analoghi, si incontrano nell'approcciarsi al tentativo di definire il buon costume, che costituisce uno dei

²⁰⁰ F. Di Marzio, *op. cit.*, p. 359, ove l'A. riproduce l'intera massima della sentenza citata e riporta altre pronunce ove la giurisprudenza si è confrontata con l'ordine pubblico. Ad es: Cass. 20 marzo 1984, n. 2052, in *Foro Italiano*, I, p. 1540, ove un bando per l'assunzione di personale veniva censurato perché prevedeva un punteggio aggiuntivo in favore dei candidati residenti in un determinato luogo, in spregio al diritto (ritenuto di ordine pubblico), costituzionalmente sancito, di tutti i cittadini di scegliere liberamente la propria residenza; sentenza Cassazione, Sez. Un., 29 novembre 1986, n. 7081, in *Foro italiano*, 1987, I, p. 1139, ove si censurava un bando che vietava la partecipazione agli aspiranti muniti di titolo di studio superiore a quello richiesto, per contrasto con il diritto fondamentale di raggiungere i più alti gradi negli studi".

concetti più vaghi ed elastici del nostro diritto civile ed, in termini generali, del nostro ordinamento²⁰¹.

Dal punto di vista storico, risulta incontestata l'origine del buon costume nei *boni mores* di matrice romana, così come anche è incontestata la funzione di tale canone quale ideale "grimaldello" per l'ingresso della morale nel mondo del diritto.

In relazione a tale ultima affermazione, non può sottacersi come, nei tempi antichi, diritto e culto religioso appaiano confusi e la separazione avviene gradualmente ed in rapporto allo sviluppo ed all'incivilimento dei popoli; in base a ciò, alcuni autori hanno ritenuto che diritto e morale non fossero che gradi di una evoluzione, essendo il diritto quella parte di morale che, come più essenziale alla collettività ed esteriormente riferentesi ai rapporti sociali, si è venuta evolvendo ed acquistando carattere obbligatorio. Non si tratterebbe, quindi, di diversità intrinseca, ma tali regole, secondo il grado di importanza rispetto all'ordinamento della società, sono o no riconosciute dalla legge e divengono coattive; in sostanza, se differenza c'è fra diritto e morale, questa risiede non nella natura, ma nella forma dei mezzi che essi adoperano per la loro esecuzione²⁰².

²⁰¹ F. Ferrara, *op. cit.*, p. 25; R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, *già cit.*, p. 77, ove gli illustri A. giustamente osservano che "un'indagine serena sul buon costume può essere condotta soltanto da chi non caschi nell'equivoco di credere che l'unico intermediario tra l'uomo ed i suoi simili sia lo Stato. *Omissis*. Cade in questo equivoco chi crede che non esista altra etica pensabile, all'infuori di quella di cui si è occupato il legislatore".

²⁰² F. Ferrara, *op. cit.*, p. 6.

Indubbiamente, il rapporto tra morale e diritto ha da sempre rappresentato uno scoglio arduo da affrontare per gli studiosi, i quali non hanno, viceversa, indugiato ad identificare la funzione del buon costume nell'ordinamento quale argine all'ingresso nel campo giuridico di tutto ciò che è disonesto e turpe. In sostanza, trattasi di un'azione ostacolatrice, che impedisce la formazione e l'efficacia di quei negozi che offendono direttamente il buon costume o servano, palesemente, quale mezzo per un'azione immorale. Non è data riscontrare, quindi, nella funzione del buon costume una vera e propria azione moralizzatrice, stante la circostanza che “il diritto non comanda l'onesto o la virtù”²⁰³. Probabilmente, e secondo opinioni di celebri commentatori²⁰⁴, il buon costume, rappresentando la morale inserita nell'ordinamento, assolve soprattutto ad una funzione didattica, formativa ed educativa, stante il suo valore deontologico, come espressione di un dover essere. Su queste basi, quindi, si tende ad attribuire maggiore valore all'aggettivo *buono*, che non al sostantivo *costume*.

Appurato che per buon costume si intende la formula che consente alla morale, se non altro per acquisizione romana²⁰⁵, di far ingresso nell'ordinamento giuridico, resta da verificare che rapporto intercorra tra i due termini, non tralasciando, tuttavia, la già rilevata origine comune.

²⁰³ F. Ferrara, *op. cit.*, p. 27; G. B. Ferri, *op. cit.*, p. 68; V. Trabucchi, voce *buon costume*, in *enciclopedia del diritto*, V, 1959, Milano, p. 700.

²⁰⁴ G. B. Ferri, *op. ult. cit.*, p. 86.

²⁰⁵ G. B. Ferri, *op. ult. cit.*, p. 67.

A ben riflettere, molte norme e principi giuridici altro non sono che la trasposizione in termini ordinamentali di comandamenti morali. Se l'omicidio non fosse sanzionato da una norma giuridica, ciononostante sarebbe egualmente deprecabile dal punto di vista morale. Vero è che il buon costume, e la morale in genere, sono canoni non cristallizzati una volta per tutte, ma tendono ad evolversi contestualmente alla società²⁰⁶. E' altrettanto innegabile, quindi, che l'omicidio d'onore, anche se giuridicamente sanzionato, trova a livello della morale sociale una maggiore giustificazione.

Sulla base di quest'ultima esemplificazione è agevole notare come, tradizionalmente, si siano atteggiati i rapporti tra diritto e morale. In sostanza, risulta, ad oggi, evidente una prevalenza del diritto, avente un "ruolo di cerniera che unisce l'economia alla morale", sulla morale appunto. Quindi, "di fronte all'esistenza di precise norme giuridiche,

²⁰⁶ Sentenza Corte Costituzionale 16 febbraio 1965, n. 9, ove la Consulta, pur nell'ambito di una fattispecie penale, si esprime nel senso che la nozione di "buon costume non può essere fatta coincidere, *omissis*, con la morale e con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine morale media di un popolo, etica comune di un gruppo e altre analoghe. Quando la legge parla di morale, vuole riferirsi alla morale pubblica, a regole, cioè, di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile. Non diversamente il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti"; sentenza Cassazione civile, 23 marzo 1985, n. 2081 sulla *soluti retentio* per il pagamento contrario al buon costume; D. Carusi, *la rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c. c.*, in *rivista di diritto civile*, 2003, p. 354 e ss.; D. Carusi, *illiceità del contratto e restituzioni*, in *rivista di diritto civile*, 2000, p. 495 e ss.; A. Di Leo, *cambiale, promessa di pagamento e negozio contrario al buon costume*, in *diritto fallimentare*, n. 5 del 2001, p. 1190 e ss.; S. Delle Monache, *della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *rivista di diritto civile*, 2002, p. 697.

le valutazioni di ordine morale divengono superflue: ciò che conta è la valutazione giuridica, la quale si impone come tale e non potrebbe, certo, essere modificata sulla base di considerazioni di ordine morale”²⁰⁷. Il residuo spazio per la dimensione morale nell’ordinamento è data dal rinvio che quest’ultimo può compiere alla stessa morale, ciò che pare accadere nel richiamo al buon costume nelle ipotesi di illiceità.

Delineati brevemente i tratti, comunque ancora abbastanza magmatici, dell’ordine pubblico e del buon costume appare opportuno, a tal punto della trattazione, riflettere su come si atteggiino tali due canoni nell’ambito del diritto amministrativo. Il quesito, posto in termini probabilmente più consoni, consiste nel comprendere se, nella disciplina provvedimentale, possa presentarsi il caso di un elemento essenziale che sia affetto da illiceità, sotto forma di contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume.

Ancora una volta, la giurisprudenza non aiuta e sarà necessario attingere ai principi generali. In particolare, si è notato come, quando giurisprudenza e dottrina parlano di elemento essenziale illecito (che comporterebbe la nullità del provvedimento) lo fanno avendo presente la categoria della contrarietà a norme imperative, di cui sopra si è già detto. Tuttavia, fermare l’analisi alla superficie, ovvero alla contrarietà alle norme imperative e non centrare l’attenzione anche sull’ordine pubblico e sul buon costume avrebbe reso

²⁰⁷ G. B. Ferri, *op. ult. cit.* p. 92.

la riflessione quantomai monca. Le conclusioni, tuttavia, si anticipa, non sono poi molto differenti.

Partendo dal basso, si ci è posti l'interrogativo se un singolo elemento essenziale sia in grado di essere contrastante con l'ordine pubblico o con il buon costume. Procedendo con sistematicità, quanto all'ordine pubblico, appare improbabile che un singolo elemento della struttura provvedimentale possa contrastare con tale canone. Tant'è che se contrasto con l'ordine pubblico ci fosse, questo dovrebbe essere attribuito all'intero provvedimento o, al più, alla causa (che si è visto non essere elemento essenziale). In più, anche se così non fosse, è sempre giovevole tener presente che l'ordine pubblico altro non è che un "principio-valore", come si è avuto modo di evidenziare, e ciò comporterebbe pur sempre la ricaduta di eventuali vizi nel novero dei vizi di annullabilità. E' chiaro anche che un elemento contrario all'ordine pubblico sarebbe pur sempre un elemento presente nella struttura del provvedimento e, conseguentemente, non qualificabile come mancante, con le chiare conseguenze, che finora si è cercato di dimostrare.

Procedendo su questa linea, si rileva come ben difficilmente possa darsi il caso di un elemento contrario al buon costume. Se, tuttavia, si voglia compiere uno sforzo di immaginazione (mi si conceda il termine), probabilmente sarebbe l'oggetto, quale elemento essenziale del provvedimento, a poter essere tacciato di contrarietà al buon costume. Ciò posto e stante anche la totale assenza di dati empirici, si potrebbe ipotizzare un provvedimento che leda

la morale corrente, pur avendo un impianto causale (inteso come tensione al perseguimento del pubblico interesse) inattaccabile. In tale caso, presumibilmente, escludendo a priori la percorribilità della nullità strutturale, bisognerà rifarsi alle canoniche figure sintomatiche dell'eccesso di potere, censurando gli strumenti (che ledono la morale corrente) scelti dalla pubblica amministrazione per perseguire l'interesse pubblico cristallizzato nella norma attributiva del potere; si verterà, quindi, nell'ambito della carenza di istruttoria o nella mancanza di proporzionalità.

Per costituire l'ultimo tassello dell'ideale "ponte" tra la disciplina privatistica della nullità e quella amministrativistica, è opportuno far cenno ai motivi. Quest'ultimi, a norma dell'art. 1345, determinano la illiceità del contratto, quando le parti vi sono addivenute grazie a motivi illeciti comuni ad entrambi. A ben riflettere, una norma di tal fatta non può avere disposizioni speculari nell'ambito della disciplina provvedimentale. Ciò è quantomai reso palese dalla circostanza che i motivi non sono elementi costituenti la struttura provvedimentale (salvo alcune voci contrarie in dottrina²⁰⁸) ed anche perché, la disposizione civilistica censura non l'illiceità in quanto tale, ma bensì solo quella comune ad entrambi i contraenti e ciò, a causa della struttura bilaterale dell'illecito, rende tale istituto non trasponibile nell'orbita amministrativistica.

²⁰⁸ B. Cavallo, *op. cit.*, p. 50.

5) *I caratteri dell'oggetto (possibilità, determinatezza e determinabilità) nell'ambito contrattuale al difficile banco di prova della disciplina provvedimentale*

A chiusura della riflessione dedicata al fenomeno della illiceità degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, non poteva mancare una parte, quest'ultima, dedicata, in modo esclusivo, alle caratteristiche che (civilisticamente) l'oggetto deve presentare ed a come tali caratteristiche si atteggino nella disciplina provvedimentale. L'art 1346 del codice civile enuncia, chiaramente, che "l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile". Il secondo comma dell'art. 1418 del codice civile, poi, indica, altrettanto chiaramente, nella nullità la sanzione per un contratto che abbia un oggetto impossibile, illecito, indeterminato o indeterminabile. Quanto all'oggetto illecito, non pare debba aggiungersi altro rispetto a quanto detto nelle pagine che precedono. Si ci concentrerà ora, conseguentemente, sulle ipotesi di oggetto impossibile, indeterminato o indeterminabile²⁰⁹.

²⁰⁹ Per un interessante panorama della dottrina civilistica, si veda P. Cendon (a cura di), *i contratti in generale*, Torino, X, 2000, p. 35 e ss., ove l'Illustre A. ha modo di osservare che "l'oggetto mancante è l'oggetto che in concreto non c'è ma che il astratto avrebbe potuto. *Omissis*. Diverso il caso dell'oggetto impossibile. E' tale l'oggetto che in concreto è assente e che non avrebbe potuto essere presente neanche in astratto, come nell'esempio di compravendita del parto di un animale sterile. In giurisprudenza si ritiene che ricorra l'impossibilità dell'oggetto, e dunque la nullità del contratto, ogni qualvolta la prestazione non possa avere esecuzione per la presenza di impedimenti di carattere materiale o giuridico originari (e non sopravvenuti: si avrebbe risoluzione per sopravvenuta impossibilità della prestazione)"; l'illustre A. annovera, poi, tra gli esempi di oggetto impossibile la vendita di una casa priva dei requisiti di abitabilità (almeno per la dottrina dominante), la vendita, da parte di un privato, di beni comunali soggetti ad usi civici,

Procedendo con ordine, e riprendendo notazioni già effettuate in altra parte del presente lavoro, si deve rilevare come, nel limitato ambito della disciplina provvedimentale, l'impossibilità dell'oggetto in nessun modo possa condurre a sanzioni come quella della nullità²¹⁰ (salvo quanto si dirà nella parte conclusiva del presente paragrafo). Infatti, l'impossibilità dell'oggetto, sia inteso come *res* materiale, sia inteso come attività, renderà semplicemente non eseguibile il provvedimento²¹¹, fermo restando che un oggetto impossibile sarebbe, inevitabilmente, comprova di un difetto di istruttoria, quale figura sintomatica di eccesso di potere. E' bene sottolineare, su questo fronte, che non esistono, ad oggi, pronunce giurisprudenziali su atti aventi oggetto impossibile; ciò è facilmente spiegabile anche riflettendo sull'operatività, o meglio, sulla reale lesività, di un provvedimento di tal fatta. In affetti, probabilmente, non vi sono evidenze giurisprudenziali su questo fronte proprio perché gli atti che presentano un oggetto impossibile,

il contratto di maternità surrogata (esempio di illiceità di oggetto e causa), la dibattuta ipotesi di vendita del possesso; R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, già cit., p. 68, ove gli A. sembrano far confluire tutte le ipotesi di oggetto mancante, ulteriori rispetto alla categoria della "cosa futura", nella generale categoria dell'oggetto impossibile; tale assorbimento, a detta degli A., non manca di dar luogo a qualche allargamento eccessivo della categoria dell'impossibilità.

²¹⁰ Sentenza T.A.R. Abruzzo, sez. I, 17 luglio 2007, n. 484, ove per fugare l'ipotesi della nullità, si osserva semplicemente che trattatasi di impossibilità (giuridica) parziale.

²¹¹ R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 357, ove gli A. riportano gli esempi manualistici dell'ordinanza comportante l'obbligo dei proprietari di non far abbaiare i cani di notte e del provvedimento di esproprio di un edificio andato in precedenza distrutto. Gli A. evidenziano come in ipotesi del genere l'atto sarà privo di conseguenza concrete, ma non nullo.

essendo ineseguibili, non prospettano alcun grado di lesività e, quindi, gli interessati si astengono dall'impugnazione²¹².

Discorso diverso va approntato per i provvedimenti aventi un oggetto indeterminato o indeterminabile²¹³.

²¹² Si eccettua, tuttavia, la sentenza T.A.R. Abruzzo, sez. I, 17 luglio 2007, n. 484, ove si era di fronte alla censura per impossibilità giuridica e di fatto dell'oggetto di una concessione per insediamento produttivo stipulata tra una società ed il comune di Giulianova, che prevedeva l'edificazione di un terreno che, invece, a causa della presenza di una fognatura, era reso, sostanzialmente, suolo non edificabile. Il collegio abruzzese, rilevato che la presenza di soli tre tombini non rendeva l'area del tutto inedificabile, respinge la censura di nullità della concessione per impossibilità dell'oggetto, proprio in quanto il terreno risultava, almeno parzialmente, edificabile.

²¹³ Sempre per la dottrina e la giurisprudenza civilistica, si veda, *ex plurimis*, P. Cendon, *op. cit.*, p. 36, ove l'illustre A. osserva come la determinatezza ed determinabilità non debbano essere interpretate in modo rigoroso o assoluto, bensì in senso ampio; "l'oggetto di un contratto deve ritenersi sufficientemente identificato o identificabile quando di essi siano indicati gli elementi essenziali i quali, logicamente coordinati, non lascino dubbi sulla individuazione dello stesso come quello previsto e voluto dai contraenti"; R. Senigaglia, *l'oggetto del contratto tra determinabilità e necessaria determinatezza*, commento a sentenza Tribunale Milano, sez. V, 23 febbraio 2005, in *contratti*, n. 10 del 2005, p. 835 e ss., ove l'A., in termini ricognitivi della attuale dottrina e giurisprudenza, identifica "l'oggetto nell'effetto giuridico che il contratto realizza e, quindi, nel fascio di obbligazioni che dal regolamento ne derivano; il paradigma della determinabilità esige, in quest'ottica, che la prestazione, ovvero il comportamento che il debitore deve attuare nei confronti del creditore, venga circostanziata nel regolamento contrattuale in modo inequivocabile. *Omissis*. La determinatezza e/o determinabilità hanno lo scopo di garantire la libera esplicazione del potere di autodeterminazione dei privati, i quali, diversamente, si troverebbero vincolati a regolamenti contrattuali consegnati al libero arbitrio dell'altra parte. *Omissis*. Si prospetta, perciò, un problema di indeterminabilità dell'oggetto del contratto allorché la capienza della situazione finale è nell'esclusiva disponibilità di una delle parti. *Omissis*. Il contratto rispetto al quale l'oggetto è indeterminato è, dunque, un contratto privo di un regolamento giuridicamente rilevante capace di fungere da unità di misura del comportamento delle parti e di ogni vicenda che lo riguarda. E' un contratto, in definitiva, rispetto al quale il percorso interpretativo, scandito dalla rigida applicazione dei noti criteri formali, non potrebbe che concludersi con la constatazione di un non-senso la cui inevitabile sanzione è la nullità"; E. Gabrielli, *storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *rivista di diritto civile*, 2004, p. 327 e ss., ove l'A. rileva che "la disciplina dell'oggetto costituisce strumento di tutela della parte considerata debole, nella misura in cui impone ai contraenti di descrivere non solo le prestazioni oggetto del contratto, ma anche talvolta le loro modalità, affinché vi sia – nell'interesse della parte che si reputa esposta a possibili abusi – maggiore certezza di ciò che da essa è dovuto e che ad essa si può chiedere"; tali generi di prospettazioni mal si conciliano con la disciplina dell'oggetto provvedimentale che non è certamente tarata per evitare sproporzioni nelle prestazioni delle parti, infatti, tale eventuale pericolo è reso inattuale dalla circostanza che la pubblica amministrazione risulta istituzionalmente tenuta al perseguimento del pubblico interesse, conseguenzialmente la concezione che l'oggetto indeterminato od indeterminabile porti inevitabilmente alla nullità non si concilia con una dimensione (provvedimentale), che non concepisce l'ipotesi di un sostanziale approfittamento della parte pubblica ai danni dalla parte privata (ciò, almeno, in linea teorica); quanto rilevato è comprovato da P. De Lise, *lo statuto del provvedimento*, in

La giurisprudenza, infatti, ha già avuto modo di confrontarsi, seppur raramente, con ipotesi di oggetti asseritamene indeterminati o indeterminabili.

Sicuro interesse riveste, a tal riguardo, la pronuncia del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2008 n. 372²¹⁴.

Nella rilevata vicenda, il collegio pugliese evidenzia come non sia accoglibile una censura di nullità per oggetto indeterminato, nel caso di un provvedimento che ordini un ripristino ed una bonifica di fondali marini, che non abbia

www.giustamm.it, intervento al convegno sullo statuto del provvedimento amministrativo, promosso dalla SEPA, scuola eugubina di pubblica amministrazione, svoltosi a Spoleto nei giorni 17 e 18 ottobre 2008, ove l'A. richiama "la differenza tra l'autonomia (propria del privato) e la discrezionalità (propria dell'amministrazione), dal che deriva che l'amministrazione è sempre vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico, anche quando agisce per accordi, perché – omissis – anche l'amministrazione per accordi costituisce esercizio della pubblica funzione"; sentenza Corte di Cassazione civ., sez. II, 24 aprile 2003, n. 6516, annotata da S. Sorrentino, *nota in tema di nullità del contratto per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto in ambito di compravendita immobiliare*, in *giurisprudenza italiana*, n. 3 del 2004; R. Scognamiglio, *contratti in generale*, Bologna, 1970, p. 350 e ss., ove l'A., a proposito dell'oggetto del contratto, afferma che "non costituisce, e non lo potrebbe, un elemento della struttura del contratto, e tanto meno un fattore esterno, e come tale inteso nella sua materialità; bensì sta ad esprimere l'aspetto oggettivo e contenutistico dell'intero contratto, quale elemento per l'identificazione e criterio di emersione di taluni connotati, che l'ordinamento giuridico, in aderenza del resto a ragioni pratiche, ma anche di logica coerenza, irresistibili, logicamente richiede"; C. A. Cannata, voce *oggetto del contratto*, in *enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 827 e ss.; G. Alpa, R. Martini, voce *oggetto del negozio giuridico*, in *digesto delle discipline privatistiche*, XIII, Torino, 1995, già cit., p. 35 e ss.; N. Irti, voce *oggetto del negozio giuridico*, in *novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1957, p. 804 e ss.; E. Gabrielli, *l'oggetto del contratto*, Milano, 2001, p. 12 e ss.; A. Barengi, *l'oggetto del contratto*, in *trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 244 e ss.; sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 19 marzo 2007, n. 6519, annotata da F. Costantini, *nota in tema di nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto*, in *giurisprudenza italiana*, n. 10 del 2007; sentenza Corte di Cassazione, sez. II, 12 luglio 2000, n. 9235; sentenza Corte di Cassazione, sez. II, 22 giugno 1995, n. 7079, in *repertorio giurisprudenza italiana*, 1995, voce *obbligazioni e contratti*, n. 361; G. Alpa, A. Martini, *requisiti dell'oggetto secondo la disciplina codicistica*, in *trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, il contratto in generale, t. III, p. 369 e ss.; sentenza Corte di Cassazione, sez. III, 26 maggio 1999, n. 5103, annotata da E. Bergamo, *impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto derivante da atto amministrativo*, in *giurisprudenza italiana*, n. 4 del 2000.

²¹⁴ S. Dettori, *rassegna della giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali (2007 – 2008)*, speciale sulla nullità del provvedimento amministrativo, p. 271.

indicato, a detta del ricorrente, né il *quid* degli interventi da realizzare, né il *quomodo* degli interventi medesimi. Il T.A.R. leccese, dopo aver ricavato le coordinate ermeneutiche negli artt. 1418, 1325 e 1346 del codice civile, si esprime nel senso che “la nullità del provvedimento amministrativo non possa essere pronunciata nelle ipotesi in cui il contenuto dispositivo dell’atto (ovvero, più in generale, il suo oggetto) sia quantomeno determinabile in base al complessivo tenore dello stesso”. Nel caso di specie, le modalità attuative dell’ordine di bonifica e ripristino erano facilmente rinvenibili, tanto nei *considerando* che facevano da prologo alla parte dispositiva dell’ordinanza provinciale impugnata, quanto nel comma 2 dell’art. 242 del d.lgs. n. 152 del 2006.

Dalle vicende giurisprudenziali analizzate (anche in nota) si può ricavare come vi sia una linea di tendenza che vorrebbe intromettere tra le cause di nullità (presuntamente strutturali) del provvedimento anche la carenza di quelle caratteristiche che il codice civile descrive all’art. 1346 (si ci riferisce, in questo frangente, ad impossibilità, indeterminatezza ed indeterminabilità)²¹⁵; tuttavia, da quanto rilevato, non sembra potersi trarre un orientamento consolidato, in virtù della scarsità di pronunce e, conseguentemente, delle poche occasioni in cui la giurisprudenza si è confrontata con tale argomento.

²¹⁵ Sentenza Tar Lazio, sez. II ter, n. 3618 del 2008, ove si osserva che un errore materiale (nella specie, una inversione di indirizzi) non concretizza una ipotesi di nullità del provvedimento per indeterminatezza; peraltro, “non può affermarsi che il provvedimento sia affetto da nullità in quanto non risulta inficiato (come ora esplicitato dall’art. 21 septies della legge n. 214 del 1990, *omissis*) da vizi invalidanti tali da incidere sulla stessa struttura dell’atto amministrativo (mancanza di elementi essenziali, oggetto, forma dell’atto)”.

Inoltre, l'orientamento del tribunale pugliese pare in contrasto con quel ricorso alla disciplina civilistica che debba tenere in debita considerazione le lacune da colmare. In particolare, la circostanza che l'oggetto contrattuale è distinto dall'oggetto provvedimentale, quantunque quest'ultimo richiami il primo.

Ancora una volta, peraltro, il giudice amministrativo ha pronunciato un'astratta impostazione data alla nullità strutturale (si pensi alle rilevate "coordinate ermeneutiche"), salvo poi, nel merito, escludere la sussistenza della suddetta invalidità nel caso di specie; ciò dà conto anche delle difficoltà applicative che tale istituto incontra, al di là della pretestuosità delle argomentazioni presentate dalla parte ricorrente.

Quanto fin qui rilevato, porta ad alcune riflessioni che è opportuno esporre. La difficoltà di inquadrare le ipotesi di provvedimenti aventi un oggetto impossibile, indeterminato o indeterminabile all'interno delle canoniche figure di invalidità nasce probabilmente dal dubbio circa i rapporti intercorrenti tra invalidità (e nullità in particolare) e sostanziale ineseguibilità del provvedimento. Se è vero, infatti, che un provvedimento nullo risulta ineseguibile (almeno dal punto di vista giuridico), soprattutto se la nullità si atteggia quale nullità strutturale, non altrettanto vero è, viceversa, che un provvedimento ineseguibile (quindi, che in nessun modo può essere portato ad esecuzione) debba essere necessariamente considerato come invalido dal punto di vista strutturale.

Tale rilievo, pare potersi dire, ha influenzato la giurisprudenza, ma anche i commentatori che si sono cimentati sul tema. A ben vedere, in effetti e tornando sull'argomento, un provvedimento che contenga un oggetto impossibile non può dirsi carente dal punto di vista strutturale, perché l'oggetto, come requisito astrattamente inteso, configura nel *corpus* dell'atto (ecco, quindi, le conclusioni cui si è giunti in precedenza). Vero è che, tuttavia, potrebbe anche osservarsi che un provvedimento che presenti tale patologia contenga solo un simulacro di oggetto, che risulterebbe, pertanto, del tutto evanescente e ciò darebbe la stura all'operatività della forma più grave di invalidità, ovvero la nullità strutturale.

La verità, probabilmente, sta nel mezzo, ovvero (fermo restando la posizione assunta in precedenza) la questione non risulta essere di grande rilievo applicativo. Infatti, se si qualifica nullo dal punto di vista strutturale un provvedimento con oggetto impossibile oppure lo si qualifica annullabile ciò non assume particolare pregnanza. Definire tale atto annullabile comporterebbe unicamente l'effetto di poterlo impugnare nei termini decadenziali, rendendolo inoppugnabile nel periodo successivo al decorso del suddetto termine, il tutto a fronte della inoperatività totale degli effetti del provvedimento tanto prima quanto dopo la scadenza dei sessanta giorni per l'impugnazione. Indubbiamente, non lo si nega, la qualificazione in termini di annullabilità toglierebbe la possibilità al privato di agire in termini di azione di accertamento (tema che sarà affrontato più avanti) per la tutela delle esigenze di certezza

delle posizioni giuridiche. Tale necessità, ad ogni buon conto, si pone come meramente ipotetica e, comunque, poco realistica.

Quanto all'oggetto indeterminato o indeterminabile, la questione risulta leggermente divergere da quanto osservato appena sopra. In tali casi, si ci rende ben conto che qualificare l'atto come annullabile comporterebbe l'esposizione del privato ad un eventuale abuso da parte dell'amministrazione che, in sede di esecuzione del provvedimento effettui un'interpretazione "di parte" del provvedimento, tuttavia, la sensazione è che, anche in tali casi, si debba proprio parlare di annullabilità. Ciò in quanto l'indeterminatezza o l'indeterminabilità si pongono come qualificazioni interne dell'oggetto, che risulta, pertanto, essere presente nel tessuto provvedimentoale.

Tale ultima conclusione, pervero, non è, ad oggi suffragata dalla (pur scarsa) giurisprudenza, che, come già rilevato, non ha un indirizzo univoco, né fornisce coordinate ermeneutiche in merito.

Relativamente a ciò, ben si comprende come qualificare come annullabile un provvedimento con oggetto indeterminato o indeterminabile comporterebbe il problema di assumere come plausibile l'ipotesi che, inizialmente, un provvedimento affetto da tale invalidità, sia efficace, quantunque fattualmente inesequibile.

In effetti, sembra questo un momento di particolare crisi del modello di nullità strutturale, così come delineato finora. Tuttavia, la crisi è apparente, in quanto l'iniziale e

successiva ineseguibilità del provvedimento non determina un deficit di tutela del privato, il quale, anche nel caso di decorrenza infruttuosa del termine di impugnazione non avrà da temere alcuna reale operatività dell'atto amministrativo.

Tale considerazione, persuade ancor di più a non operare una forzatura nel sistema ed ivi inserire, pertanto, anche le ipotesi di oggetto indeterminato od indeterminabile nel novero delle nullità strutturali²¹⁶.

D'altro canto, l'ipotesi di un provvedimento inoperativo, anche se non nullo, non è estranea al sistema. Si pensi, ai provvedimenti disapplicati ad opera del giudice ordinario²¹⁷.

²¹⁶ A tal riguardo, si rammenta che il progetto di legge n. 6844, non approvato, proponeva, all'art. 8, il seguente testo: "1. E' nullo il provvedimento amministrativo: *omissis* che è stato adottato in carenza di oggetto o contenuto determinati o determinabili", probabilmente, l'esito negativo della sorte di tale progetto è dovuto anche alle perplessità circa l'introduzione, nell'ordinamento amministrativo, del principio per cui l'indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto provvedimentale potesse condurre alla nullità strutturale.

²¹⁷ *Ex plurimis*: M. S. Giannini, A. Piras, *giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, ove gli illustri A. si esprimono nel senso che la disapplicazione dell'atto amministrativo è, invero, *sic et simpliciter*, "un accertamento giudiziale del provvedimento, da cui consegue *ope legis* la perdita di efficacia per il caso concreto"; A. Gaspari, *i poteri di disapplicazione del giudice amministrativo e dell'autorità amministrativa tra il nuovo e l'antico*, in www.lexitalia.it; A. Travi, *lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, p. 124 e ss.; M. Del Signore, *la disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 1 del 2008, p. 271 e ss.; M. Lo Monaco, *la disapplicazione dell'atto amministrativo in sede giurisdizionale ed amministrativa*, in www.lexitalia.it; D. F. G. Trebastoni, *la disapplicazione nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it; F. Cannada Bartoli, *l'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; A. Albè, *la disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice amministrativo*, in *urbanistica e appalti*, n. 6 del 2004, p. 698 e ss.; P. Chirulli, *impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza conservativa e fermenti innovativi*, in *giustizia civile*, fasc. 2 del 2004, p. 547 e ss.; L. Busico, *la disapplicazione da parte del giudice amministrativo*, in *nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, n. 7 del 2006, p. 881 e ss.; V. Navarra, *la disapplicazione dei bandi di gara e del capitolato speciale e l'introduzione automatica delle clausole ex art. 1339 e 1419 c. c.*, in *giustizia civile*, fasc. 6 del 2004, I, p. 1619 e ss.; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367;

Tali provvedimenti non possono dirsi annullati, quantunque presentino i presupposti necessari ad una pronuncia di annullamento, e continuano a permanere nella realtà giuridica, pur non dispiegando alcun effetto. Inevitabilmente, tale considerazione tiene conto della circostanza che le ipotesi di disapplicazione non sono valedoli *erga omnes*, ovvero nei confronti di tutti i destinatari del provvedimento, tuttavia, fatte le debite proporzioni (riferite soprattutto alla necessità che vi sia una pronuncia giudiziale ad operare una disapplicazione), le ipotesi di disapplicazione permettono ad un provvedimento di permanere nella realtà giuridica senza dispiegare alcun effetto e senza che si sia avuta una sentenza che ne dichiari la nullità o che ne sancisca l'annullamento.

sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6049 del 2007; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 505 del 2002.

CAPITOLO IV

RIMEDI PROCESSUALI E NON PER CONTRASTARE LA NULLITA' STRUTTURALE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1) La giurisdizione sul provvedimento amministrativo nullo: le incertezze della dottrina, la posizione della giurisprudenza, la ricostruzione ipotizzabile

Tra gli aspetti maggiormente problematici che la riforma del 2005 ha “regalato” al dibattito dottrinario c'è, sicuramente, la questione della giurisdizione sul provvedimento nullo. Invero, la nullità provvedimentoale è stata, storicamente, campo privilegiato per la contesa tra le giurisdizioni amministrativa ed ordinaria, con una indubbia prevalenza della giurisdizione ordinaria²¹⁸, almeno nei tempi che hanno preceduto la sopraindicata riforma.

Nell'approcciare le rilevanti questioni giurisdizionali, una premessa, d'obbligo, va effettuata. Tale argomento si presta, indifferentemente, a riflessioni che abbraccino tanto la nullità strutturale, quanto la nullità per difetto assoluto di attribuzione, presentandosi, quindi, come un aspetto trasversale alle tipologie di nullità. Non si è, volutamente e

²¹⁸ M. L. Maddalena, *op. cit.*, p. 551; A. Lamorgese, *nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in www.giustamm.it o anche in *rivista di diritto processuale*, n. 1 del 2009, p. 67.

necessariamente, incluso nel novero la nullità per violazione od elusione di giudicato²¹⁹, che riceve, dall'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, un trattamento privilegiato, sostanziatesi nella devoluzione della conoscenza di tale tipo di invalidità alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Si tenterà, tuttavia, al termine di questo paragrafo una ricostruzione ipotizzabile e, soprattutto, realistica, che tenga conto delle peculiarità della sola nullità strutturale.

Proprio il trattamento differenziato che, in punto di giurisdizione, l'art. 21 septies riserva alle varie forme di nullità, ha ingenerato un nuovo, e certamente più vivace, dibattito su chi fosse il giudice competente a conoscere della nullità del provvedimento. I primi rilievi indurrebbero a credere che, posto che la giurisdizione sui provvedimenti affetti da violazione od elusione di giudicato sono stati devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le altre tipologie di nullità, compresa quella oggetto del presente lavoro, andrebbero ad incardinarsi nella giurisdizione del giudice ordinario. In verità, tale interpretazione è solo un'ipotesi di lavoro, non suffragata da elementi certi. Ancora una volta, probabilmente, si è costretti a confrontarsi con una sorta di sciatteria legislativa, che rinuncia a chiarire i nodi problematici (vedi, solo per esemplificare, la mancata elencazione degli elementi essenziali), contribuendo, in tal modo, a rendere ancor più

²¹⁹ E. Gaetani, *la nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del cosiddetto giudicato cautelare*, in *foro amministrativo TAR*, n. 11 del 2008, p. 3195 e ss.; *contra* sentenza TAR Liguria, sez. II, 2 febbraio 2007, n. 158; sentenza Tar Sicilia, Catania, sez. III, 19 giugno 2007, n. 1045.

accidentato il terreno ove l'interprete si spinge. Tale osservazione non è tuttavia nuova, per cui non resta che attingere, ancora una volta, ai principi generali, che, nell'ambito che ci occupa, soccorrono sempre²²⁰.

Ai principi generali si sono anche rifatte le varie teorie che, nel corso di questi anni, hanno animato il dibattito in dottrina. Sono distinguibili, volendo tentare una ricostruzione completa, quattro o cinque teorie diverse sull'attribuzione del provvedimento nullo alle varie giurisdizioni. La prima²²¹, e probabilmente più consolidata,

²²⁰ S. De Felice, *op. cit.*, p. 6.

²²¹ A. Romano Tassone, *l'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in www.giustamm.it, p. 8; P. Chirulli, *azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in www.giustamm.it, p. 4; B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1673; G. Aiello, *op. cit.*, p. 5; A. M. Romano, *op. cit.*, p. 9; M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *la disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 336, ove si dà conto anche della diversa teoria che devolve interamente al giudice amministrativo la giurisdizione sugli atti nulli; G. Panzironi, *profili problematici della nullità dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it; V. Tenore, *op. cit.*, p. 204; C. Varrone, *op. cit.*, p. 9; S. De Felice, *op. cit.*, p. 6; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op. cit.*; D. Ponte, *op. cit.*, p. 240; S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 75 e ss., ove gli A. propongono una diversa lettura della "spartizione" tra le giurisdizioni della conoscenza degli atti nulli, evidenziando come, nel caso di interessi legittimi oppositivi, sia possibile che tanto il giudice ordinario, quanto quello amministrativo conoscano delle ipotesi di nullità; in termini pressochè analoghi, G. Montedoro, *l'azione di nullità del provvedimento amministrativo*, in *le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, nel trattato di giustizia amministrativa, p. 152, ove l'A. si esprime, osservando che "l'atto viziato da nullità essendo atto di esercizio del potere non degrada senza escludere il giudice amministrativo, non esclude l'astratto potere conformativo della p.a., né muta la costruzione del riparto che deve avvenire pur sempre non tanto sulla situazione giuridica soggettiva, ma sul potere esercitato dall'amministrazione, che è anche, talvolta, potere di conformazione dei diritti soggettivi non degradati ma degradabili, poiché è il potere amministrativo che definisce la necessità dell'intervento del giudice del controllo sul potere ai fini dell'invalidazione dell'atto. *Omissis*. Sicché, l'azione volta a far dichiarare la nullità sarà azione spettante al giudice amministrativo, ma il giudice ordinario, nel termine prescrizione, potrà ben conoscere delle conseguenze dell'azione amministrativa esecutiva dell'atto nullo"; D. Ponte, *invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, Milano, 2006, p. 133 e 138, ove l'A., tuttavia, propone una singolare teoria relativamente alla sola nullità strutturale, evidenziando come "in difetto di un (solo) elemento strutturale in astratto comunque il potere autoritativo è quello che si è inteso esercitare, come possono attestare gli altri elementi; la gravità dell'invalidità, pur a fronte della situazione giuridica che permane di interesse legittimo dinanzi al potere, potrebbe tutelarsi in termini adeguati sempre dinanzi al giudice amministrativo, quale giudice dell'interesse legittimo e della potestà autoritativa, con adeguamento del regime e dei relativi strumenti di tutela: termine prescrizione per l'azione e non meramente decadenziale, rilevabilità *ex officio*,

teorica sulla giurisdizione in materia di provvedimento nullo devolve al giudice ordinario la conoscenza di tale patologia dell'atto, che incida su posizioni di interesse legittimo oppositivo. L'argomentazione principale si incentra sulla circostanza che il provvedimento nullo non è in grado di provocare l'affievolimento del diritto, che, pertanto, non viene in alcun modo compresso. Conseguentemente, ed il linea generale, sarà il giudice ordinario a conoscere dei diritti soggettivi. Non così nel caso in cui si verta nell'ambito degli interessi pretesivi, ove la nullità del provvedimento non va ad incidere su alcuna posizione preesistente di diritto soggettivo. In tal caso, abilitato a conoscere della nullità che riguardi interessi pretesivi sarà il giudice amministrativo. Tale impostazione, indubbiamente rispettosa dei principi generali, pecca in termini di realismo, in quanto effettua un'attribuzione di giurisdizione sulla base di un dato, che viene reputato scontato, ovvero la qualificazione in termini di nullità di un provvedimento. In sostanza, si attribuisce al giudice ordinario la conoscenza di un provvedimento, che incida su interessi legittimi oppositivi, qualificandolo nullo ancor prima di sottoporlo al vaglio di un giudice. Se l'intervento di un provvedimento non sarà in grado di degradare il diritto soggettivo ad interesse legittimo, ciò sarà un precipitato della qualificazione, avvenuta in sede giudiziaria, di tale provvedimento come nullo. Tale rilievo non pare di poco

risarcibilità piena degli eventuali effetti materiali. Tale ultima proposizione offre indubbe suggestioni, sia di ragionevolezza sia di certezza: tuttavia i tempi non paiono ancora maturi, stando alla rigida impostazione di sfiducia desumibile dalla giurisprudenza costituzionale più recente e ordinaria tradizionale”.

momento, quantunque i fautori della teoria di cui si è dato conto non l'abbiano tenuto in debita considerazione.

A questa impostazione, per così dire tradizionale, ha risposto la diversa prospettiva che vuole, di contro, che l'intera giurisdizione sul provvedimento nullo sia assegnata al giudice amministrativo, senza aver riguardo alle posizioni giuridiche sottostanti. La tesi assume che l'esercizio del potere, che determina la giurisdizione secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 204 del 2004), preesista all'adozione del provvedimento e determini la devoluzione della conoscibilità dell'atto al giudice amministrativo, indipendentemente dal vizio dedotto in giudizio²²². Tale impostazione ha dalla sua la circostanza di effettuare una devoluzione indistinta alla competenza del giudice amministrativo, senza comportare problemi di scelta preliminare della giurisdizione. Invero, tale scelta, quando si verta in materia di nullità, assume toni meno significativi, come si vedrà, rispetto ad altre materie o circostanze, sempre che, si badi, si aderisca alla pretesa imprescrittibilità dell'azione di nullità che, peraltro, non tollererebbe neppure termini di decadenza (in entrambe le

²²² M. Balloriani, *op. cit.*, p. 911, ove l'A. scrive che “sembra più coerente l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di provvedimenti nulli, purché essi vengano adottati nell'ambito di un rapporto pubblico, come sopra inteso, cioè purché la PA che adotta il provvedimento nullo sia astrattamente dotata del potere di regolare autoritativamente l'interesse pubblico dedotto nel provvedimento stesso”, da ciò discende inevitabilmente che dalla giurisdizione amministrativa “deve essere sottratto il caso di difetto assoluto di attribuzione, inteso come ipotesi di difetto assoluto di competenza, in cui il potere esercitato in astratto esista, ma appartenga ad altro ramo dell'amministrazione o ad altro ente territoriale”; a conclusioni diverse giunge la sentenza T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 marzo 2008, n. 609, che dichiara la nullità di un provvedimento per difetto assoluto di attribuzione; V. Di Lello, in *nullità del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in www.lexitalia.it, p. 2; G. Zarro, *op. cit.*.

giurisdizioni), tenuto in debito conto anche la nuova giurisprudenza in tema di *traslatio iudicii*²²³.

Visione del tutto opposta contraddistingue la tesi di coloro che, altrettanto indistintamente, deferiscono alla competenza del giudice ordinario la conoscibilità del provvedimento nullo. Taluni affermano infatti che, a seguito della pronuncia n. 191 del 2006 della Corte Costituzionale (che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 53, comma 1, del DPR n. 327 del 2001), si sia evidenziata la necessità che, per aversi giurisdizione del giudice amministrativo, sia necessario, non l'esercizio del potere in astratto, bensì l'esercizio del potere in concreto²²⁴. Tale esercizio del potere in concreto non potrebbe essere plausibile sulla base di un provvedimento privo di efficacia, quale il provvedimento nullo. Siffatta impostazione, pur avendo il pregio di devolvere ad un unico giudice la conoscibilità del

²²³ Sentenza Corte di Cassazione, sez. un. civ., n. 4109 del 2007; sentenza Corte Costituzionale n. 77 del 2007; sentenza Corte di Cassazione, sez. un. civ., 9 ottobre 2008, n. 24883, commentata da R. Vaccarella, *rilevabilità del difetto di giurisdizione e traslatio iudicii*, in *giurisprudenza italiana*, n. 2 del 2009; al riguardo, si ricorda anche l'art. 59 della legge 18 giugno 2009 n. 69, da ultimo intervenuto; I. Raiola, *traslatio iudicii e modalità di riassunzione del processo*, relazione tenuta al convegno ANMA di Siracusa sul tema "la codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte" in data 30 ottobre 2009, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 8 e ss., ove l'A. osserva che "è lecito dubitare che l'istituto disciplinato dall'art. 59 l. 69/2009 possa essere correttamente qualificato come *traslatio*, ovvero come trasmigrazione del medesimo processo da una giurisdizione all'altra ed essere accomunato all'istituto di cui all'art. 50 c.p.c., nel quale letteralmente si sancisce che, in caso di tempestiva riassunzione, il processo continua dinanzi al nuovo giudice ovvero al giudice competente", inoltre, l'A. osserva come "La formula utilizzata – ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute – sembrerebbe in contraddizione con l'essenza stessa della *traslatio* e potrebbe indurre l'interprete a proporre una vera e propria interpretazione abrogatrice".

²²⁴ L. D'Angelo, *nullità provvedimento e determinazione della giurisdizione: verifica del potere autoritativo in astratto o in concreto?*, in www.lexitalia.it; C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *op. cit.*, p. 1119; M. A. Sandulli, *riforma della l. 241 e processo amministrativo*, in *foro amministrativo TAR* supplemento al n. 6, p. 14; sentenza TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 luglio 2005, n. 1271; sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. II, 22 aprile 2005, n. 855.

provvedimento nullo (come, d'altro canto, per la teorica precedente) non fa i conti con la circostanza che molte ipotesi di nullità si risolvono, spesso, in vizi di annullabilità e scegliere la strada del giudice ordinario (negandosi la possibilità di richiedere, seppur in via subordinata e nel termine decadenziale, l'annullabilità) potrebbe significare andare incontro, da parte del ricorrente, ad un pericolo concreto.

A conclusione analoga giunge anche la teoria che, assimilando la natura del provvedimento amministrativo all'essenza ed alla struttura della sentenza, più che del negozio giuridico, assume che in caso di vizio di nullità (dovuto a carenza di un elemento essenziale) non si abbia spendita del potere (non impegno dell'autorità) e che, pertanto, debba essere sancita la cognizione del giudice ordinario²²⁵.

Esiste, vieppiù, anche una quarta linea argomentativa che, tralasciando le tesi definite desuete della degradazione e dell'affievolimento²²⁶, riconduce la questione del riparto di giurisdizione alla correlazione tra tipo di norma violata (norma di relazione o norma di azione) e tipo di invalidità dell'atto (nullità o annullabilità). Siffatta teoria viene poi ampliata sulla base della considerazione che non tutti i provvedimenti nulli sono esplicitazione di carenza di potere

²²⁵ P. Carpentieri, *op. cit.*, p. 944; *contra* R. Caponi, *azione di nullità*, in www.giustamm.it, p. 9, ove l'A. parla della odierna irriducibile diversità tra la sentenza giurisdizionale e l'atto amministrativo.

²²⁶ M. S. Giannini, *discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *rivista di diritto processuale*, XIX, parte seconda, 1964, p. 39; E. Cannada Bartoli, *la tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, p. 74; S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 64.

(come tale conosciuta dal giudice ordinario). Su queste basi, quindi, la giurisdizione dovrebbe essere preliminarmente identificata in base alla carenza o meno di potere, fermo restando che non tutte le ipotesi di nullità, come già detto, sono esplicazione di carenza di potere²²⁷. Tale teoria pur avendo il merito di dare un rilevante contributo teorico, determina una disarticolazione del sistema ed una oggettiva difficoltà da parte di chi chiede giustizia a stabilire dapprima se il provvedimento che si vuol far oggetto di gravame sia o meno adottato in carenza di potere.

Queste le (principali) teorie che si fronteggiano il campo dell'individuazione della giurisdizione in presenza di un provvedimento amministrativo nullo. In tale panorama, si staglia quella che sempre più sta diventando la linea guida cui si sta adeguando la giurisprudenza e che, grosso modo, combacia con la prima delle opinioni dottrinarie di cui si è dato conto.

In merito a ciò, risulta particolarmente interessante riportare quanto dedotto dal T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 novembre 2008 n. 5456²²⁸ che si esprime nel senso che “la citata norma (*ndr*: art. 21 septies), prevedendo la giurisdizione esclusiva del GA sulle controversie in materia di atti nulli in quanto adottati in violazione o elusione di giudicato, non stabilisce, *a contrariis*, una sorta di

²²⁷ M. L. Maddalena, *op. cit.*, p. 558, ove l'A. evidenzia come le ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione, così come le nullità per mancanza di un elemento essenziale, sostanziandosi in casi di carenza assoluta di potere, debbano essere attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario.

²²⁸ Sentenza TAR Lombardia, sez. III, 19 novembre 2008, n. 5456, in *urbanistica e appalti* n. 4 del 2009, con commento di G. D'angelo.

giurisdizione esclusiva del GO sulle controversie afferenti gli atti amministrativi affetti da altre cause di nullità. Invero, salvo diversa disposizione di legge, la giurisdizione in ordine agli atti nulli va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza di interesse legittimo o diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata dal soggetto che si ritiene leso. Conseguentemente, appartengono al GO le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al GA i casi in cui, a fronte dell'atto nullo, sussista un interesse legittimo pretensivo. Si potrà discutere su quale sia, in siffatte ipotesi, il tipo di pronuncia che il giudice amministrativo dovrà adottare, ma rimane fermo il fatto che egli debba conoscere in ossequio ai criteri costituzionali di riparto della giurisdizione" (in termini del tutto identici, si veda anche sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 29 gennaio 2009 n. 1010). I rilievi che si muovono a tale orientamento sono i medesimi già evidenziati a proposito della teoria cui si ispira. Vero è che, tale tendenza giurisprudenziale soffre alcune eccezioni, che, peraltro, sono in linea con quanto si è andato dicendo finora. Il riferimento è alla sentenza T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 16 aprile 2008 n. 4239, che, con riferimento ad un'ordinanza di demolizione di opere abusive (chiaro campo d'azione degli interessi legittimi oppositivi) emette una sentenza dichiarativa di nullità per mancanza di parte precettiva e di sottoscrizione nel provvedimento gravato. Tale pronuncia, pur non soffermandosi su problemi di giurisdizione (anche perché non sollevati in corso di causa e stante la specifica materia trattata), si schiera

apertamente a favore della devoluzione completa, in favore della giurisdizione amministrativa, della conoscibilità dei casi di nullità provvedimento (anche strutturale).

Si è notato, quindi, come non vi siano punti di riferimento, che possano dirsi certi, in relazione alla giurisdizione sull'atto nullo. Tuttavia, in un lavoro come il presente, non si ci può esimere da uno sforzo ricostruttivo, che certamente non prescinda dal rigore teorico, ma che ciononostante sappia calarsi anche nell'aspetto pratico e concreto della questione e, pare, che, in una riflessione sulla giurisdizione, ciò sia davvero irrinunciabile, pena la costruzione di teorie che non possano reggere all'impatto con la realtà giudiziaria. Ebbene, si è già potuto accennare a come si ritenga che la prima teoria che si è rappresentata (che devolve al giudice ordinario la conoscibilità dei provvedimenti nulli che incidano su interessi legittimi oppositivi, mentre assegna al giudice amministrativo quelli che vertano su interessi pretesivi) vada rivista. Tale esigenza è data proprio dalla necessità di non individuare la giurisdizione sulla base di un giudizio preliminare (o pregiudizio) dell'atto qualificato nullo ancor prima di sottoporlo ad un collegio giudicante. Tale ragione induce a pensare alla giurisdizione amministrativa quale unica giurisdizione idonea ad avere competenza sull'atto nullo²²⁹. Inoltre, la devoluzione della conoscibilità degli atti nulli che

²²⁹ *Contra* R. De Nictolis, *la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: casistica giurisprudenziale e normativa*, in *il riparto di giurisdizione*, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis, R. Garofoli, V. Poli, Milano, 2005, p. 129, ove l'A. rileva che “quando l'atto amministrativo sia carente di oggetto, o vi sia incertezza dell'oggetto medesimo, secondo la giurisprudenza sussiste carenza di potere, e dunque diritti soggettivi, e dunque giurisdizione del giudice ordinario”.

incidono su interessi oppositivi è eccessivamente figlia della teoria dell'affievolimento, che è ritenuta dai più ormai obsoleta, nonostante sia ancora praticata soprattutto dal giudice civile. Peraltro, nel rispetto del *petitum* sostanziale²³⁰, non può neanche dirsi che la devoluzione completa delle questioni inerenti la nullità provvedimento al giudice amministrativo non tenga conto che la posizione giuridica azionata sia pur sempre quella di un interesse legittimo (di natura oppositiva).

Invero, e ciò va sempre tenuto presente, quantunque la questione della giurisdizione sull'atto nullo abbia sempre rappresentato una delle problematiche più accese in relazione alle questioni di invalidità del provvedimento amministrativo, tuttavia tale interesse, in dottrina ed in giurisprudenza, era ed è suscitato, molto probabilmente, dalla naturale tensione tanto del giudice amministrativo, quanto di quello civile ad attrarre a sé la giurisdizione. Infatti, a ben vedere, un eventuale errore di giurisdizione da parte di chi chieda giustizia si attegga come meno grave rispetto ad un eventuale errore commesso in altri casi. Ciò è dovuto alla particolare conformazione dell'azione di nullità, di cui si avrà modo di parlare più oltre, che non ammette termini di prescrizione o, ancor più, di decadenza e, conseguentemente, consente, anche nel caso in cui si ci trovi di fronte ad un atto amministrativo di trasmigrare da una giurisdizione all'altra, senza andare incontro ad inammissibilità processuali.

²³⁰ S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 58; F. Caringella, *il riparto in base al criterio della causa pretendi*, in *il riparto di giurisdizione, nel trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 56.

Oltre a ciò, la preferenza per la giurisdizione amministrativa è dovuta anche ad altri fattori, che maggiormente si adattano alla tipologia di nullità cui è dedicato il presente lavoro. Infatti, nel solco di quanto si è andato dicendo finora, non può non considerarsi che le ipotesi di nullità strutturale (come, per esemplificare, la mancanza di oggetto) sono piuttosto rare nella realtà giudiziaria ed, ancor prima, nella attività amministrativa; ciò impone un minimo di cautela in chi impugni un provvedimento qualificandolo come nullo (dal punto di vista strutturale). Tale cautela consisterà nel graduare la domanda e nel chiedere in via principale la dichiarazione di nullità del provvedimento ed in via subordinata l'illegittimità del provvedimento stesso in base alle classiche figure dell'eccesso di potere, o, al più, per violazione di legge. Ciò comporterà, necessariamente, che si sia in termini per censurare l'illegittimità del provvedimento. Nel caso in cui sia decorso il termine di decadenza, allora si potrà censurare unicamente la nullità del provvedimento ed è questa, peraltro, l'ipotesi più ricorrente in cui si censura un atto per vizio di nullità. Il decorso del termine decadenziale, tuttavia, non deporrà a favore del cambio di giurisdizione, anche perché ciò sarebbe teoricamente inammissibile. In sostanza, la giurisdizione sul provvedimento nullo dovrà seguire gli abituali canoni di attribuzione della giurisdizione (in mancanza, come già rilevato, di un chiarimento espresso a livello legislativo); gli interessi legittimi, quindi, di qualunque natura essi fossero, vanno conosciuti dal giudice amministrativo, posto che un provvedimento di natura ablatoria, che risulti nullo, inciderà sempre su un preesistente interesse legittimo oppositivo. Il

provvedimento nullo, quindi, che intervenga in una serie procedimentale espropriativa (l'esempio non risulta poi molto calzante, stante la giurisdizione esclusiva su tale materia) non può essere assimilato alle "vie di fatto", per via dei diversi presupposti e delle diverse caratteristiche che lo connotano; non ultima la circostanza che ogni provvedimento nullo, generalmente, è frutto di un procedimento²³¹ che, secondo molti, segna già di per sé, la nascita dell'interesse legittimo²³², che sopravvive alle eventuali invalidità, di qualsiasi genere, che affliggessero il provvedimento che ne scaturisse.

Sullo sfondo di quanto detto si staglia il problema della carenza di potere. Tale questione resta sullo sfondo in quanto non pare debba costituire il vero punto nodale per l'attribuzione della giurisdizione. Infatti, se la domanda che si ci pone è se un atto con un difetto strutturale sia o meno esplicazione di potere, la risposta che venga data non contribuisce a risolvere il problema della giurisdizione. Infatti, il ritenere l'atto nullo esplicazione di potere o, viceversa, il ritenerlo del tutto fuori dall'esercizio del potere, non cambia quanto si è detto poco sopra, ovvero che a fronte di ciascun atto nullo persiste un procedimento che

²³¹ Sentenza Corte Costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140, che, ai fini della verifica del collegamento con l'esercizio di poteri autoritativi, ha attribuito rilevanza al dato, più facilmente riscontrabile, dell'inserimento delle vicende oggetto della lite in un procedimento amministrativo disciplinato da norme di diritto pubblico.

²³² S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 75, ove gli A. evidenziano che "se è vero che l'interesse legittimo sorge contestualmente all'apertura del procedimento non si vede perché mai la conclusione del procedimento con un atto nullo, quindi gravemente difforme dallo schema legale, non debba ritenersi incidente su quell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa che rappresenta senza dubbio il nucleo centrale della situazione giuridica soggettiva tutelata nella giurisdizione generale di legittimità".

fa nascere l'interesse legittimo, il quale, quindi, preesiste al provvedimento²³³. E' chiaro, tuttavia, che se l'interesse legittimo è la posizione giuridica soggettiva che "dialoga" con il potere, non può dirsi che a fronte di un interesse legittimo non vi sia traccia di potere amministrativo²³⁴. Ciò posto, gli interessanti discorsi che vengono fatti in dottrina sull'esercizio in astratto od in concreto del potere, che incardini la giurisdizione amministrativa, ben si attagliano alla, ormai difficoltosa, riconducibilità di talune questioni alla giurisdizione esclusiva, ma, stante ciò che si è rilevato, non contribuiscono al dibattito sulla giurisdizione sull'atto

²³³ M. Balloriani, *op. cit.*, p. 863 e ss., ove l'A. rileva che "L'interesse legittimo preesiste al provvedimento e si caratterizza per essere una posizione giuridica di vantaggio tesa alla conservazione od acquisizione di un bene della vita nell'ambito di un rapporto che coinvolge necessariamente un soggetto pubblico, astrattamente dotato di potere di regolare autoritativamente tale interesse, in qualche modo connesso con quello pubblico demandato alla cura dello stesso soggetto titolare del potere. *Omissis*. L'art. 103 (*ndr*: della Costituzione), difatti, attribuisce, inderogabilmente, al giudice amministrativo la tutela dell'interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione, a prescindere dall'esistenza o meno di un atto annullabile da impugnare. Ciò comporta che anche laddove vi sia un rapporto pubblico nell'ambito del quale l'amministrazione-autorità non ha adottato, pur avendone il potere, alcun atto imperativo annullabile e quindi impugnabile, la giurisdizione appartiene sempre al giudice amministrativo. *Omissis*. C'è interesse legittimo a fronte del potere autoritativo in capo alla pubblica amministrazione, a prescindere dall'adozione di un provvedimento che su di esso incida".

²³⁴ P. Adami, *la nullità del provvedimento amministrativo. Considerazioni sostanziali e processuali*, in <http://adamipietro.wordpress.com/category/articoli-di-diritto-amministrativo/>, p.6, ove l'A. scrive a proposito del provvedimento nullo che "vi è un'attività amministrativa, ed in particolare una attività provvedimentale, riconducibile alla P.A. e configurabile come esercizio del potere. Ed è proprio l'esercizio del potere che è determinante al momento di affermare l'esistenza della giurisdizione speciale amministrativa, come sembra confermare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. La giurisdizione amministrativa si è, infatti, in molti casi dichiarata competente di fronte ad un provvedimento nullo, quando l'attività dell'amministrazione che aveva prodotto l'atto era di natura autoritativa. La natura dell'attività svolta dalla P.A. è stata considerata determinante per individuare la posizione giuridica in cui versa il privato. Rispetto all'amministrazione che pone in essere un provvedimento nullo, che però aspira ad avere i caratteri dell'esecutorietà ed autoritatività (non quindi un atto paritetico), la posizione del privato è quella propria del cittadino-amministrato che matura un interesse legittimo al corretto esercizio dell'attività di governo. *Omissis*. Il provvedimento nullo è oggettivamente interpretabile come manifestazione dell'esercizio del potere, sebbene fortemente viziato".

nullo, che resta giurisdizione generale di legittimità e che, pertanto, segue le regole di questa.

2) *L'azione di nullità e la disciplina processuale*

L'aver affrontato le rilevanti questioni inerenti la giurisdizione fa da prologo alla trattazione delle altrettanto notevoli problematiche che accompagnano l'atto amministrativo nullo alla prova della cognizione del giudice amministrativo. Si fa riferimento, per essere maggiormente chiari, ai rilievi in punto di ammissibilità, nel giudizio amministrativo, dell'azione di nullità, così come, quasi per necessario corollario, alle questioni a questa connesse, ovvero il termine consentito per proporre la suddetta azione, come anche la legittimazione ad essa relativa. Sono, in sostanza, le tipiche questioni su cui molto si è dibattuto nella sfera civilistica (quantunque in presenza di dati legislativi meno opinabili di quelli su cui in questa sede si ci confronta) e che attualmente occupano le riflessioni della dottrina amministrativistica, nonché i rilievi dei T.T.A.A.R.R. e del Consiglio di Stato.

Fatta questa contenuta premessa, è bene, ora, procedere con ordine e dare spazio, *in primis*, all'ammissibilità dell'azione di nullità nel giudizio amministrativo²³⁵.

Ancora una volta, il dato legislativo non aiuta, non essendo presente alcuna norma, né nella disciplina sostanziale, né in quella processuale, che indichi l'ammissibilità dell'azione di nullità nel processo amministrativo. In effetti, il punto centrale su cui molto si sta discutendo, come più sopra rilevato, non ha riguardo all'ammissibilità dell'azione di nullità in sé, bensì a ciò che essa comporta, ovvero una pronuncia meramente dichiarativa del giudice amministrativo²³⁶.

Storicamente, dallo scarno combinato legislativo di cui all'art. 45 del T. U. 26 giugno 1924 n. 1054 (che riprende il testo del previgente art. 38 del r. d. del 2 giugno 1889 n. 6166) ed all'art. 26 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 si deduceva, da parte di dottrina e giurisprudenza, l'inammissibilità, nell'ambito della giurisdizione generale di

²³⁵ A. Bartolini, *considerazioni sulla natura dell'azione di nullità nel processo amministrativo, come intervento alle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli, dal titolo "l'impugnabilità degli atti amministrativi"*, 2008, in www.giustamm.it.

²³⁶ S. Murgia, *crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *diritto processuale amministrativo* n. 2 del 1996, p. 244, ove l'A. si esprime rilevando che "riceve sempre maggior credito negli studi sul processo l'idea che attribuire un effetto di accertamento alla sentenza amministrativa significherebbe realizzare una più efficace e più ampia tutela giurisdizionale del privato rispetto ai comportamenti dell'amministrazione. L'accertamento è indicato come uno dei migliori rimedi alla crisi del processo"; P. Stella Richter, *per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 863 e ss.; G. Greco, *l'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 218 e ss., ove l'A. assume che l'accertamento abbia come effetto peculiare l'eliminazione dello stato di incertezza vertente sul "rapporto giuridico" esistente tra autorità e privato.

legittimità, delle sentenze di mero accertamento²³⁷, quali sono le sentenze che dichiarano la nullità²³⁸. Invero, neppure il codice di procedura civile menziona l'ammissibilità delle pronunce di mero accertamento, tuttavia l'evoluzione del processo civile nel senso dell'atipicità delle azioni²³⁹ ha consentito la collocazione di tali pronunce all'interno del sistema²⁴⁰. Tant'è che, nella giurisdizione amministrativa più vicina al rito civile, ovvero la giurisdizione esclusiva, si sono costantemente ammesse pronunce di accertamento, limitatamente, si badi, all'ambito dei diritti soggettivi²⁴¹.

²³⁷ A. Albini, *le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, p. 5 e ss., ove, l'A. definisce come "ineluttabilmente costitutive" le sentenze del giudice amministrativo.

²³⁸ S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 107, ove gli A. evidenziano come nelle normative citate nel testo si consideri come unico esito della sentenza di accoglimento del giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento.

²³⁹ G. Chiovenda, *principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1969, p. 359, ove le sentenze di accoglimento si ripartiscono in pronunce di accertamento, di condanna e costitutive; L. Lanfranchi, *contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, p. 4, ove l'A. espone che "l'unico punto non problematico in materia si riduce, in definitiva, solo a quello dell'effettiva esistenza, nel nostro ordinamento positivo, di una funzione giurisdizionale, attuata secondo i moduli della cognizione ordinaria, idonea ad esprimere una forma di tutela processuale che si esaurisce (sul piano formale della finalità immediata di tale funzione) nella sola dichiarazione dell'esistenza dei fatti giuridici" e continua dicendo che "va, in ogni caso, ricordato che la grandissima maggioranza della dottrina dominante, quand'anche ha tentato di disattendere in qualche modo l'insegnamento chiovendiano, non ha mai messo in dubbio l'ammissibilità del mero accertamento in via generale o atipica, quale mezzo di tutela non riferibile solo a particolari categorie di rapporti giuridici".

²⁴⁰ L. R. Perfetti, *diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 300, ove l'A. osserva che "l'azione di accertamento non è espressamente prevista nel giudizio amministrativo (peraltro similmente a quello civile), né ha visto la luce la progettata riforma legislativa che ne prevedeva l'introduzione espressa. La dottrina più autorevole ha, anche di recente, ribadito l'osservazione secondo la quale la mancanza di una disposizione positiva non rappresenta un ostacolo all'ammissione dell'azione in questione, poiché ricorre nell'ordinamento processuale amministrativo una situazione del tutto analoga a quella dell'ordinamento processuale civile, nell'ambito del quale non sussiste un autonomo riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento".

²⁴¹ Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 1984, n. 261, in *foro amministrativo*, 1984, p. 926.

Il campo che in questa sede interessa, tuttavia, fa riferimento alla giurisdizione generale di legittimità, che ha patito, come visto, una costante avversione verso sentenze di mero accertamento. Ciò è vero, tenendo conto, tuttavia, che nel rito del silenzio ed in quello sull'accesso si attinge costantemente a pronunce di tal fatta²⁴².

E' opportuno considerare, a questo punto, che la giurisprudenza ha avuto modo di confrontarsi con la categoria della nullità dei provvedimenti amministrativi ben prima del 2005 e l'atteggiamento che aveva assunto era stato alquanto fluttuante. Infatti, si è già rilevato in altra parte del presente lavoro come prima delle pronunce del 1992 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, i giudici amministrativi tendevano a valutare in senso atecnico la dizione nullità, mutuando in toto la categoria dell'annullabilità, con le comprensibili conseguenze processuali. L'evoluzione, poi, nonostante rare pronunce che si esprimevano nel senso della possibilità da parte del giudice amministrativo di emanare sentenze di accertamento²⁴³, ha visto una graduale modificazione delle posizioni pretorie. Infatti, sempre in omaggio al dogma della non percorribilità delle pronunce dichiarative, si sono avute sentenze che, sulla base della acclarata non efficacia degli atti nulli, dichiaravano (per l'appunto) la inammissibilità del ricorso per difetto di interesse²⁴⁴. Tale tipologia di

²⁴² A. M. Romano, *op. cit.*, p. 5.

²⁴³ Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 1995, n. 1326, in *foro amministrativo*, 1995, p. 1889.

²⁴⁴ Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3746, già cit, in *giornale di diritto amministrativo*, n. 2 del 2007, p. 202.

pronuncia, peraltro, non dovrebbe avere neppure efficacia di giudicato sull'accertamento, avvenuto *incidenter tantum*, della nullità provvedimento²⁴⁵.

Diversa impostazione²⁴⁶, invece, ritiene non percorribile la strada dell'inammissibilità per difetto di interesse, unitamente ad una vera e propria azione di nullità; sicché, si ritiene che la formula di annullamento ben si adatti anche alle ipotesi di atti nulli.

Quanto fin qui riferito dà la tara delle difficoltà applicative che un provvedimento nullo propone, in mancanza di un orientamento univoco ed, ancor più, di una espressa disposizione legislativa. Tutto ciò, sia consentito osservare, ha portato all'assimilazione di piani del tutto distinti, come le sentenze aventi natura costitutiva con le sentenze dichiarative (lo si è visto nella pronuncia da ultimo citata).

La realtà giurisprudenziale, tuttavia, non poteva non scontrarsi con una norma, quale l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, che espressamente disciplina la nullità quale categoria generale²⁴⁷. Si è valutato, in sostanza, come

²⁴⁵ R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 339, ove gli A. osservano che “la pronuncia di nullità non può essere considerata una sentenza che dichiara inammissibile un ricorso per scadenza del termine per impugnare o per deposito tardivo del ricorso. Si tratta, invece, di una sentenza di rito che contiene un accertamento sostanziale, posto che la declaratoria di inammissibilità si basa proprio sulla verifica della patologia radicale dell'atto stesso”.

²⁴⁶ Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581.

²⁴⁷ A. Carbone, *prime annotazioni sull'ammissibilità dell'azione di mero accertamento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, p. 3, ove l'A. osserva che “deve sottolinearsi come una volta che la nullità del provvedimento amministrativo sia stata espressamente prevista dal legislatore, la relativa azione dovrebbe considerarsi più correttamente un'azione tipica, senza necessità di ricorrere ad un'azione di mero accertamento atipica, la quale ha solo carattere residuale, al pari di quanto accade nel diritto civile”.

ad una norma sostanziale di tal fatta non poteva non corrispondere una idonea impostazione processuale. In effetti, a ben vedere, il dogma della non percorribilità delle azioni di accertamento nel processo amministrativo è nato proprio (come rilevato) dall'art. 45 del T. U. 26 giugno 1924 n. 1054, strettamente riproduttivo dell'art. 38 del r. d. 2 giugno 1889 n. 6166, ovvero da una norma approvata allorquando il sistema processuale non conosceva la tripartizione chiovendiana. L'argomentazione storico-normativa, quindi, non può giustificare la non utilizzabilità nel processo amministrativo delle azioni di mero accertamento²⁴⁸.

Molto probabilmente, il naturale epilogo della vicenda consiste proprio nella percorribilità di tale tipologia di azione nell'ambito della giustizia amministrativa²⁴⁹. Ciò,

²⁴⁸ S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 121.

²⁴⁹ P. Forte, *op. cit.*, p. 189; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op.cit.*; D. Ponte, *op. cit.*, p. 192 e ss., ove l'A. dà conto della possibilità di avvalersi dell'azione di accertamento, maggiormente rispondente ai principi di cui all'art. 24 della Costituzione, nonostante si tenga presente che l'accoglimento di tale impostazione presuppone "l'accordo su un punto di partenza: l'atto nullo è improduttivo di effetti"; M. Balloriani, *op. cit.*, p. 905, ove l'A. si esprime nel senso che "non è vero che il giudice amministrativo dispone solo del potere di annullare gli atti amministrativi illegittimi: in ogni caso il giudice può (e deve) adottare, senza alcun limite interno con riguardo al tipo di pronunzia, il provvedimento più idoneo alla realizzazione dell'interesse dedotto in giudizio, ovviamente nei limiti della domanda. *Omissis*. La Costituzione non limita la tutela dell'interesse legittimo al rimedio di tipo impugnatorio, ma anzi l'art. 24 pone sullo stesso piano l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo"; M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo, già cit.*; R. Chieppa, *op. cit.*, p. 1299; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, ove gli A., sostenendo la possibilità di avvalersi, nel sistema di giustizia amministrativa, dell'azione di nullità, precisano che "l'azione dichiarativa della nullità non è un'azione di accertamento in senso proprio: essa, infatti, è diretta ad accertare non l'esistenza o meno del rapporto sostanziale, ma, al contrario, l'illegittimità del provvedimento amministrativo. Si tratta, quindi, di un'azione che dà l'abbrivio ad un giudizio sull'atto, non sul rapporto. Sotto questo profilo può essere accostata all'azione di annullamento da cui si differenzia solo per la maggiore gravità della illegittimità che affligge l'atto amministrativo"; P. Adami, *op. cit.*, p. 7; G. Tropea, *considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, in www.giustamm.it, p. 3; G. Montedoro, *op. cit.*, p. 168 e ss.; D. Ponte, *invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, già cit., p. 144.

peraltro, non può suonare come un'eresia, stante la circostanza che in ogni giudizio di cognizione, che sfoci in una sentenza costitutiva, vi è pur sempre una fase di accertamento, che, conseguentemente, non è del tutto estranea al processo amministrativo. A queste argomentazioni pare ormai si siano adeguati i giudici amministrativi, che stanno sempre più imboccando la strada delle pronunce di mero accertamento (nel caso di atti nulli)²⁵⁰.

Chiarito questo aspetto, risulta opportuno, ora, dedicare qualche riflessione ad un argomento strettamente correlato a quello di cui finora si è trattato, ovvero il termine per proporre azione di nullità. Punto di partenza, ancora una volta, è il codice civile, in particolare l'art. 1422, il quale prevede la imprescrittibilità dell'azione tesa a far valere la

²⁵⁰ Sentenza T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 16 aprile 2008, n. 4239, ove si legge, nella parte dispositiva, che il T.A.R. “dichiara nullo l'atto specificamente impugnato”; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, ove si legge che “in senso contrario all'azione atipica di accertamento, non pare risolutiva nemmeno la tradizionale considerazione secondo cui il giudizio amministrativo è un giudizio sull'atto e non sul rapporto. *Omissis*. Non appare decisivo nemmeno l'ostacolo derivante dalla mancanza di una norma espressa che preveda l'azione di accertamento nel processo amministrativo. Come è stato efficientemente rilevato dalla dottrina che si è occupata del tema, sotto questo profilo ricorre nel processo amministrativo una situazione del tutto analoga a quella del processo civile, nel quale pure manca un esplicito riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento (specifiche azioni di accertamento sono previste nel codice civile solo per i diritti reali)”, di seguito, la sentenza emessa in materia di D.I.A., si esprime statuendo che “l'azione di accertamento in tal caso sarà sottoposta allo stesso termine di decadenza (di sessanta giorni) previsto per l'azione di annullamento che il terzo avrebbe potuto esperire se l'amministrazione avesse adottato un permesso di costruire. Non si ritiene applicabile un diverso termine di natura prescrizione in quanto l'azione, ancorché di accertamento, non è diretta alla tutela di un diritto soggettivo, ma di un interesse legittimo”, tale ultima conclusione della sentenza non sembra essere condivisibile, in quanto opera una scelta (quella del termine decadenziale) che non si sposa in nessun modo con le esigenze di certezza che promanano dall'atto nullo. Peraltro, tale presa di posizione comporterebbe anche un sostanziale appiattimento tra la disciplina processuale dell'annullabilità e quella della nullità, rimuovendo d'un sol colpo la peculiarità (termine prescrizione per l'impugnazione) che costituisce il *proprium* della nullità ed anche il meccanismo attraverso il quale tale forma di invalidità può acquisire importanti ambiti di autonomia; *idem*, A. Carbone, *op. cit.*, p. 5.

nullità, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione.

Come sempre, ci si trova di fronte all'interrogativo se la disciplina codicistica sia esportabile nel tessuto del processo amministrativo, senza conseguenze nefaste²⁵¹.

Indubbiamente, l'imprescrittibilità dell'azione accompagna costantemente la nullità civilistica, tant'è che non risultano al riguardo prese di posizione di segno diverso. Così non è, invece, nell'ambito della giustizia amministrativa, ove l'intera struttura del processo amministrativo è costruita sulla base di termini di impugnazione decadenziali.

Nonostante ciò, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza si sono, da ultimo, dovuti confrontare con il problema dei termini per proporre l'azione di nullità del provvedimento, dando per acquisito il dato che quest'ultima sia utilizzabile nel processo amministrativo.

Non sono mancate, al riguardo, prese di posizione di variegata matrice. Tra queste, la più perentoria è quella che vuole che i termini per impugnare un atto nullo siano quelli decadenziali²⁵². Le osservazioni, al riguardo, sono pressochè obbligatorie; *in primis*, non si comprende quale

²⁵¹ Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872, ove è evidenziato come la novella del 2005 non abbia indicato la disciplina dell'azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione, ciò comporta la possibilità di poter attingere all'applicazione analogica del nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile.

²⁵² M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, già *cit.*, ove l'A. si esprime nel senso che "non appare irragionevole estendere il termine decadenziale anche all'esperimento dell'azione di nullità"; negli stessi termini, C. Feliziani, *op. cit.*, p. 2743; per una panoramica generale sulla questione, R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 342.

sia, per questa teoria, la differenza processuale (se non proprio sostanziale) tra annullabilità e nullità; *in secundis*, l'affermazione che l'azione di nullità sia soggetta ad un termine di decadenza equivale a dire che il decorso del termine per impugnare è fonte di inedite modifiche alla sfera giuridica del destinatario del provvedimento, modifiche che, tuttavia, il provvedimento non è in grado di produrre *ab initio*; in sostanza, il decorso del termine di sessanta giorni non assumerebbe la funzione di mera stabilizzazione degli effetti prodotti dal provvedimento invalido, ma bensì sarebbe lo strumento di creazione di inediti effetti giuridici, prima inesistenti, stante la non produzione di effetti diretti da parte dell'atto nullo²⁵³.

Altra teoria che si è fatta avanti propone una distinzione dei termini per far valere la nullità, a seconda della tipologia di nullità e della posizione giuridica azionata. In tal modo, vi sarebbe il termine prescrizione decennale dell'*actio iudicati* per la nullità del provvedimento adottato in violazione od elusione di giudicato; gli ordinari termini di prescrizione dei diritti, nel caso in cui l'azione di nullità tuteli diritti soggettivi; il termine di un anno dalla formazione del silenzio-inadempimento previsto dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, nel caso in cui l'azione di nullità tenda a tutelare interessi legittimi pretesivi; nessun limite temporale, almeno potenzialmente, è previsto per l'azione di nullità che tuteli interessi legittimi oppositivi²⁵⁴.

²⁵³ S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 126.

²⁵⁴ A. Romano Tassone, *op. cit.*, p. 8 e ss.; *contra* S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 128, ove gli A. osservano come la teoria di Romano Tassone consideri "in modo

Pur attribuendo un consistente valore teorico a tale ricostruzione, ben si comprende come crei notevole frammentarietà nella disciplina dei termini di impugnazione, che inevitabilmente, sfocerebbe in una sicura incertezza applicativa. Inoltre, nell'ottica della devoluzione totale della conoscibilità dell'atto nullo al giudice amministrativo (come rilevato nel paragrafo precedente) non si giustificerebbe la disparità di disciplina tra termini di impugnazione dell'atto che leda interessi legittimi pretesivi e quello che leda interessi legittimi di natura oppositiva²⁵⁵.

Altra tesi, che pare maggiormente aderente alla reale portata dell'istituto della nullità (strutturale e non), aderisce alla impostazione civilistica, facendo riferimento all'imprescrittibilità dell'azione tesa a far valere la nullità del provvedimento²⁵⁶. D'altro canto, tale presa di posizione ricalca quella già fatta propria dal Consiglio di Stato nelle sentenze rese in Adunanza Plenaria n. 1, 2, 5 e 6 del 1992, ove, quantunque in riferimento a vicende attinenti il

unitario due distinte posizioni: il diritto di agire in giudizio per ottenere una pronuncia che dichiari la nullità di un atto giuridico (provvedimento o contratto che sia) ed il bene della vita che il privato mira a proteggere attraverso quell'azione"; G. Aiello, *op. cit.*, p. 6, ove l'A. si esprime nel senso che "il termine per l'impugnazione del provvedimento nullo sarà quello decadenziale allorché la controversia verta su interessi legittimi, mentre l'azione sarà imprescrittibile nelle ipotesi in cui il provvedimento nullo abbia vulnerato una posizione di diritto soggettivo"; testo riportato anche in G. Montedoro, *op. cit.*, p. 158.

²⁵⁵ In termini analoghi, D. Ponte, *op. cit.*, p. 191.

²⁵⁶ G. Tropea, *op. cit.*, p. 8; P. Adami, *op. cit.*, p. 9, ove l'A. osserva che "l'imprescrittibilità, più che un postulato, è una conseguenza della natura dell'atto nullo", salvo poi differenziare il termine di impugnazione per le nullità "non in senso naturale, ma meramente normativo", ovvero quelle che "potrebbero essere disciplinate anche in altro modo", per queste "occorrerà valutare caso per caso"; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *op. cit.*; A. M. Romano, *op. cit.* p. 6; M. Balloriani, *op. cit.*, p. 935; B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1674; S. De Felice, *op. cit.*, p. 7; D. Macrì, *op. cit.*, p. 285; G. Montedoro, *op. cit.*, p. 169; C. E. Gallo, *op. cit.*, p. 189, ove l'A. rileva che "il termine di sessanta giorni non ha alcuna ragion d'essere".

pubblico impiego, il supremo consesso amministrativo qualificava la nullità come forma di patologia “imprescrittibile, insanabile e rilevabile d’ufficio”. La giurisprudenza che ne è seguita ha, sostanzialmente, replicato l’impostazione dell’Adunanza Plenaria, fino a giungere alle attuali prese di posizione del mondo pretorio, che, allo stesso modo, ha valutato l’azione di nullità come imprescrittibile²⁵⁷.

Indubbiamente, si ci rende ben conto che l’ingresso di un’azione imprescrittibile (e, per di più, di mero accertamento) nelle fila del processo amministrativo non è una evoluzione di poco conto. Tuttavia, qualificare l’azione di nullità come imprescrittibile è l’unico modo per differenziarla dall’azione di annullamento ed è anche l’unico modo per consentire a questa di avere un, seppur minimo, rilievo pratico. Peraltro, come già rilevato, il termine di impugnazione decadenziale ha, storicamente, la funzione di consentire la naturale funzionalità dell’attività amministrativa, dando certezza che, una volta decorso il termine di sessanta giorni, gli effetti del provvedimento, legittimo o illegittimo che sia, fossero intangibili. Nell’ipotesi dell’atto nullo, tale esigenza non sussiste; infatti, non è possibile dare la certezza che, a fronte di un atto gravemente viziato, gli effetti che questo non è stato in

²⁵⁷ Sentenza T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, sez. I, 17 luglio 2007, n. 484, che si esprime nel senso che “sembra evidente, *omissis*, che l’azione volta a far valere tale nullità non sia sottoposta a termini di decadenza”; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872, in cui il collegio giudicante rileva come trovi “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. Questa assoluta inidoneità strutturale dell’atto comporta che l’interessato possa fare accertarne la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l’eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna”.

grado di produrre restino inattaccabili, con il conseguente pericolo (spesso concreto) che all'atto venga data esecuzione. In sostanza, non si può legittimare, attraverso il termine decadenziale, un'attività, posta in essere dalla pubblica amministrazione, del tutto fuori lo schema legale.

Dato atto della questione inerente il termine per impugnare un atto nullo, viene naturale, ora, dedicarsi ad un altro nodo che contribuisce a rendere sempre più intricata la disciplina processuale (e non) della nullità del provvedimento amministrativo, che non a caso, viene paragonato ad un "cubo di Rubik"²⁵⁸. Il riferimento è alla tematica dei soggetti abilitati ad impugnare un atto nullo²⁵⁹. Il rilievo della legittimazione ad impugnare un provvedimento nullo non può, ancora una volta, che partire dal disposto codicistico, che all'art. 1421 dispone che "la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse".

La disciplina codicistica segna un netto distinguo tra i legittimati ad impugnare un negozio nullo ed i legittimati ad impugnare un negozio annullabile, che, generalmente, sono individuati puntualmente dalla legge (art. 1441 del codice civile). E' necessario, ancora una volta, verificare se, anche nell'ambito della giustizia amministrativa, tale distinzione

²⁵⁸ D. Ponte, *la nullità del provvedimento amministrativo*, già cit., p. 243.

²⁵⁹ S. Raimondi, *procedimento amministrativo e attualità dell'interesse a ricorrere*, intervento alle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli dal titolo "l'impugnabilità degli atti amministrativi", 2008, in www.giustamm.it; G. Figuera, *appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 4 del 2008; *L'interesse a ricorrere oggi*, in rassegne articoli e documentazione, in *il foro amministrativo T.A.R.*, n. 4 del 2009.

(o, se non altro, tale graduazione nell'individuazione dei soggetti legittimati) sia percorribile.

Non sono mancate prese di posizione, cui è opportuno dare il giusto spazio.

Su queste basi, è agevole notare come il parallelismo che finora si è condotto tra disciplina codicistica e disciplina amministrativa, in tale frangente, soffra di rilevanti punti di distanza. Infatti, fermo restando l'applicazione, tanto nel processo civile, quanto in quello amministrativo, dell'art. 100 c.p.c., i soggetti legittimati ad impugnare un negozio annullabile sono diversi da quelli legittimati ad impugnare un provvedimento annullabile.

E' chiaro l'obiettivo della sistematica codicistica nel senso di allargare il novero dei soggetti legittimati ad impugnare un negozio nullo, rispetto a quelli che invece sono interessati ad impugnare un contratto annullabile.

Secondo l'insegnamento della Cassazione²⁶⁰, invero, la legittimazione ad agire avverso un negozio nullo è riconosciuta dall'ordinamento 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". Legittimati, quindi, sarebbero

²⁶⁰ Sentenza Cassazione, sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1903.

anche i terzi pregiudicati dal negozio²⁶¹, diversamente da ciò che accade per il negozio annullabile.

Quanto rilevato non può che richiamare alla mente la diversa impostazione della giustizia amministrativa, ove, nel caso di provvedimenti annullabili, anche i terzi, le cui posizioni hanno sempre ricevuto una considerazione più ampia di quanto non accada nel campo dei rapporti privati, possono impugnare un provvedimento ritenuto lesivo²⁶²; d'altro canto, la caratteristica saliente dell'interesse legittimo è anche quella di far capo normalmente a soggetti terzi rispetto ai destinatari immediati degli effetti dell'atto amministrativo.

Su queste basi, quindi, se si volesse provare ad ampliare il novero dei legittimati all'azione di nullità, a mo' della impostazione civilistica, bisognerebbe andare oltre i soggetti, pur già numerosi, che hanno legittimazione ad impugnare un atto ritenuto annullabile. Tale tentativo, inevitabilmente, sfocerebbe in una sorta di azione popolare, che legittimi, quindi, altri soggetti oltre gli interessati ed i

²⁶¹ M. Ramajoli, *nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, in www.giustamm.it, p. 3 ed anche, come *intervento alle giornate di studio in onore di E. Cannada Bartoli – Certosa di Pontignano (SI) 22 – 23 giugno 2007*, in *diritto processuale amministrativo* n. 4 del 2007, p. 939.

²⁶² A. D. Cortesi, *interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*, in *urbanistica e appalti*, n. 11 del 2008, p. 1301 e ss., ove l'A. evidenzia che il ricorrente, purché dimostri di essere titolare di un interesse sufficientemente differenziato rispetto al *quavis de populo*, “può impugnare il provvedimento che, pur essendo destinato ad altri, produce effetti nei suoi confronti (si pensi al permesso di costruire rilasciato al vicino), sollevando i canonici vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) e trovare anche per queste forme di invalidità per così dire meno evidenti, accesso e tutela davanti al giudice amministrativo. La ragione dell'introduzione di ipotesi di nullità del provvedimento non sembra potersi rinvenire, quindi, nella volontà di allargare le maglie della tutela offerta al cittadino, che pare essere già per specifica previsione costituzionale la più lata possibile (v. art. 113 Cost.)”.

controinteressati. Si sa, tuttavia, che le azioni popolari, nell'ordinamento interno, non sono ancora percorribili, quindi non resta che abbracciare la tesi di una sostanziale identità tra soggetti legittimati ad impugnare un atto nullo e soggetti legittimati ad impugnare un atto annullabile²⁶³.

Invero, esiste una ricostruzione differente, in dottrina, che pare comunque degna di considerazione. Tale teoria assimila l'interesse ad agire per impugnare un provvedimento nullo all'interesse necessario per richiedere l'accesso ai documenti amministrativi; in sostanza, si tratterebbe di un interesse qualificato, concreto ed attuale

²⁶³ M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 3; S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 130; G. Aiello, *op. cit.*, p. 6; in termini, più o meno analoghi, S. De Felice, *op. cit.*, p. 7; P. Adami, *op. cit.*, p. 8, ove l'A. rileva che per ciò che concerne l'ambito della legittimazione ad agire, l'art. 1421 c. c. lo identifica in modo estremamente ampio in chiunque vi abbia interesse. Applicare questa formula in ambito amministrativo porterebbe certamente a ricomprendere il destinatario dell'atto ed i controinteressati, in quanto l'interesse può a ragione corrispondere alla legittimazione ad agire che spetta a colui che si affermi titolare di una situazione giuridica sostanziale ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo. Il timore di una eccessiva estensione dei soggetti legittimati trova poi senz'altro contemperamento nei requisiti di carattere processuale, dai quali non si può prescindere"; M. Balloriani, *op. cit.*, p. 930, ove l'A. sostiene che "per la dichiarazione di nullità di un provvedimento amministrativo, nell'ambito del giudizio amministrativo, pertanto non può agire chiunque vi abbia interesse, ma solo chi è titolare di un interesse legittimo"; D. Ponte, *op. cit.*, p. 178, ove l'A. rileva che "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. Gli stessi parametri posti a fondamento della verifica sull'interesse ad agire, quale interesse diretto concreto ed attuale, appaiono pienamente compatibili con i paralleli parametri civilistici del chiunque vi abbia interesse ex art. 1421 c. c.: quindi, legittimati *ad causam* sono coloro che hanno un interesse immediato, ovvero principalmente le parti e i terzi pregiudicati"; *contra* V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *azione di nullità ed azione risarcitoria: brevi note*, in www.astrid-online.it, p. 1, ove gli A. sostengono che "è ovvio che la platea dei soggetti interessati a far dichiarare la nullità di un provvedimento amministrativo è più ampia di quella dei tradizionali portatori di interessi legittimi, caratteristici dell'azione di annullamento"; in termini del tutto riproductivi della norma civilistica: S. De Felice, *op. cit.*, p. 7, ove si legge che "la norma processuale determina la delimitazione, in concreto, a quei due soli soggetti, pure diversi dai destinatari naturali dell'atto, che il provvedimento sia suscettibile di ledere"; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 344, ove gli A. affermano che il principio di cui all'art. 1421 c. c. "risulta *omissis* perfettamente compatibile con la struttura del processo amministrativo"; G. Tropea, *op. cit.*, p. 5, ove l'A. scrive che "la legittimazione ad agire, oltre che ai diretti destinatari dell'atto, va estesa ai portatori di un interesse (anche collettivo o diffuso) all'accertamento negativo circa la validità del provvedimento"; C. Feliziani, *op. cit.*, p. 2743.

(quindi, da ritenersi rilevante, serio, concreto, non irrisorio, non emulativo, né ridicibile e mera curiosità)²⁶⁴. Pervero, portando tutto sul versante processuale, non sembra che tale ultima teoria si discosti molto da quella precedente, tenendo presente che, tanto nell'azione di nullità, quanto in quella di annullamento, il ricorrente sarà tenuto a dimostrare il proprio interesse, diretto od indiretto che sia. Se, in sostanza, chi chiede l'ostensione di un documento non potrà che vantare un interesse specifico (appunto, qualificato, concreto ed attuale), tale posizione è del tutto trasponibile, nell'ottica processuale, nella posizione del soggetto che impugna un provvedimento o che, eventualmente, si oppone all'annullamento di quest'ultimo. Da ciò pare possa dedursi una sostanziale identità di impostazioni tra la prima e la seconda teoria di cui si è detto, salvo che, nella seconda, si mutua un istituto sostanziale a fini processuali.

Dopo aver delineato tutte le rilevanti questioni che, in termini processuali, accompagnano l'affermazione della nullità (strutturale e non) del provvedimento amministrativo, non resta che dedicare spazio ad un ultimo aspetto che, al pari degli altri appena trattati, ha costantemente impegnato dottrina e giurisprudenza in una costante opera di ricostruzione; il riferimento non può che andare, a chiusura della riflessione sugli aspetti processuali maggiormente problematici, alla rilevabilità d'ufficio della nullità da parte del giudice adito.

²⁶⁴ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 387; A. M. Romano, *op. cit.*, p. 6.

Come per gli altri aspetti finora affrontati, non si può che prendere le mosse dal disposto codicistico, ovvero, ancora una volta, dall'art. 1421, che sancisce la rilevabilità d'ufficio del contratto nullo.

E' risaputo che la facoltà di rilevare *ex officio* la nullità del contratto è stata per molto tempo oggetto delle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza civile, preoccupate di renderla compatibile con altri principi, immanenti nel sistema, come l'art. 99 c.p.c. (principio della domanda) e l'art. 112 c.p.c. (corrispondenza tra chiesto e pronunciato)²⁶⁵. Indubbiamente, sono state proprio la dottrina e la giurisprudenza di ambito civilistico a plasmare le più importanti riflessioni sul tema della rilevabilità d'ufficio della nullità, argomento per il quale, nell'ambito del diritto amministrativo, si erano spese ben poche parole fino al 2005.

E' notorio come la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione abbia affrontato la questione della collocazione sistematica della rilevabilità d'ufficio della nullità. Tale inquadramento si è avuto consentendo tale rilevabilità solo nel caso in cui la domanda attorea avesse avuto ad oggetto l'esecuzione del contratto²⁶⁶ e non azioni quali la

²⁶⁵ M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 5; P. Adami, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁶ Sentenze Cassazione 20 dicembre 1958, n. 3937, in *giurisprudenza italiana*, 1959, I, 1, p. 760; Cassazione, 18 aprile 1970, n. 1127, in *foro italiano*, 1970, I, 1907 ed in *Foro pad.*, 1971, I, 742; Cassazione, 28 gennaio 1972, n. 244; Cassazione, 29 aprile 1976, n. 1532; Cassazione, 16 novembre 1978, n. 5295; Cassazione, 23 febbraio 1987, n. 1903; Cassazione, 12 agosto 1987, n. 6899; Cassazione, 11 marzo 1988, n. 2398; Cassazione, 9 febbraio 1994, n. 1340; Cassazione, 8 gennaio 2000, n. 123; Cassazione, 5 novembre 2001, n. 13628; Cassazione, 14 gennaio 2003, n. 435; Cassazione, 26 maggio 2006, n. 12627; Cassazione, 6 ottobre 2006, n. 21632, che si esprime chiaramente nel senso che "la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto opera quando si chieda

risoluzione, la rescissione o l'annullamento. In sostanza, la rilevabilità d'ufficio viene ritenuta percorribile, da questa giurisprudenza, solo qualora essa si ponga come ragione di rigetto della pretesa dell'attore, ovvero allorquando l'attore invochi il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente dal contratto. Tale impostazione viene giustificata con la volontà di non attribuire all'attore una utilità maggiore di quella che egli stesso aveva prospettato ed invocato nell'atto introduttivo del giudizio. In tal modo, sarebbe salvaguardato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in base al *ne eat iudex ultra petita partium*²⁶⁷. In effetti, con tale preclusione, non sarebbe consentito a chiunque intenda conseguire un annullamento di poter essere soddisfatto attraverso una (migliorativa) pronuncia di nullità.

Su tali basi, è possibile delineare i contorni delle *regulae iuris*²⁶⁸ che disciplinano la rilevabilità d'ufficio del giudice, in caso di nullità negoziale. Tale rilevabilità è, quindi, consentita quando la validità del contratto sia elemento costitutivo della domanda e se tra le parti vi sia contestazione sull'applicazione o sull'esecuzione del contratto, se la causa della nullità emerge dagli atti di causa

l'adempimento del contratto, in considerazione del potere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, e non quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, dovendosi coordinare l'articolo 1421 cod. civ. con l'art. 112 cod. proc. civ., il quale, sulla base del principio dispositivo su cui va modellato il processo, impone al giudicante il limite insuperabile della domanda attorea, anche alla luce del nuovo art. 111 Cost., che richiede di evitare, al di là delle precise e certe indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa"; sentenza Cassazione, 8 gennaio 2007, n. 89.

²⁶⁷ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 387.

²⁶⁸ F. Galgano, *diritto civile e commerciale*, Padova, 2001, II 1, p. 354 e ss..

e non richiede ulteriori indagini di fatto; è consentita, inoltre, la rilevabilità in ogni stato e grado del giudizio, anche in Appello ed in Cassazione, sempre che il giudice di grado inferiore non abbia pronunciato sulla validità del contratto, comportando, così, il formarsi del giudicato che preclude il successivo esame officioso della materia.

Tali coordinate hanno subito una profonda rivisitazione, dovuta in gran parte ai rilievi della dottrina²⁶⁹, a seguito della sentenza della Cassazione civile, sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, la quale si esprimeva nel senso che “a norma dell’art. 1421 c. c. il giudice deve rilevare d’ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto, procedendo all’accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico-giuridico (concernente cioè il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio – cosiddetto punto pregiudiziale), idoneo a divenire giudicato, con efficacia pertanto non soltanto sulla pronunzia finale, ma anche (ed anzitutto) circa l’esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda”²⁷⁰.

²⁶⁹ R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, già cit., p. 534, ove efficacemente gli A. si esprimono osservando che “il sistema giurisprudenziale ora illustrato appare coerente e solido (*ndr*: si fa riferimento alla giurisprudenza che ammette solo la rilevabilità d’ufficio della nullità *in malam partem* e non *in bonam partem*). Ma vorremmo vedere cos’accadrebbe se taluno agisse in giudizio chiedendo la risoluzione di un contratto concluso sulla scena, o la rescissione ex art. 1447 di una sottomissione a servitù della gleba, o la riduzione ad equità di un matrimonio tipico convenzionale. Non c’è dubbio che qualsiasi giudice trancerebbe la questione in venti righe di sentenza, proclamando, innanzitutto, che patti siffatti sono improduttivi di ogni e qualsiasi effetto giuridico”.

²⁷⁰ Sentenza Cassazione civile, sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, in *giustizia civile massimario*, 2005, 4.

Pervero, come visibile dalle pronunce citate in nota, tale giurisprudenza non si è consolidata, quindi, può dirsi che permangono le coordinate ricostruttive precedenti a tale pronunciamento.

Le problematiche di natura civilistica si ripercuotono, inevitabilmente, anche in ambito amministrativo. L'interrogativo, quindi, è se la rilevabilità d'ufficio della nullità sia istituto percorribile anche nell'ambito della giustizia amministrativa e, se sì, in quali termini (tenuti presenti gli aspetti controversi ora rilevati in ambito civile).

Alla prima domanda non può che darsi riscontro positivo²⁷¹; ciò è determinato, *in primis*, dalla circostanza che la rilevabilità d'ufficio è, insieme alle caratteristiche che già si sono viste, ontologicamente connaturata alla nullità di un atto, di autonomia privata o di matrice pubblica che sia. Inoltre, non può sottacersi che il giudice amministrativo dispone già da tempo dei meccanismi di rilevabilità d'ufficio, nonostante una giurisdizione di tipo impugnatorio, si pensi, infatti, all'art. 11, comma 1, del r. d. 30 ottobre 1933 n. 1611 (come modificato dall'art. 1 della legge 25 marzo 1958 n. 260), applicabile al processo amministrativo in virtù dell'art. 10, comma 3, della legge 3 aprile 1979 n. 103, per cui il ricorso, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, deve essere notificato alle amministrazioni dello Stato presso l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro, od anche la

²⁷¹ *Contra*, R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 344.

rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione oppure, in taluni casi, dell'incompetenza funzionale²⁷².

In tale prospettiva, non può non considerarsi come, allorquando la giurisprudenza amministrativa ha preso per così dire “di petto” la questione della nullità, per la prima volta, (si ci riferisce alle Adunanza Plenarie del 1992, più volte citate), ha rimarcato come requisito indefettibile della nullità del provvedimento sia la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice.

Tale presa di posizione, introducendo la risposta al secondo quesito che si è posto, ha riguardato, invero, la materia del pubblico impiego, attualmente devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per le categorie cosiddette non contrattualizzate. Tale circostanza ha portato a credere che il giudice amministrativo potesse rilevare la nullità dell'atto solo qualora si fosse sottoposto al suo giudizio un'azione di accertamento del rapporto di lavoro o di condanna al pagamento delle differenze stipendiali²⁷³,

²⁷² D. Ponte, *op. cit.*, p. 183.

²⁷³ M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 6, ove l'A. osserva che “la verifica della nullità del rapporto costituisce una questione pregiudiziale rispetto all'oggetto del contendere, atteggiandosi, sul piano logico ad elemento costitutivo della domanda proposta (il *petitum* dedotto in via principale risulta costituito dalla domanda di riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di pubblico impiego) e in tali ipotesi la nullità contraddice la domanda del privato impedendone l'accoglimento. Anche in un'altra occasione il giudice amministrativo ha affermato che il suo potere di dichiarare d'ufficio la nullità di un provvedimento amministrativo debba essere coordinato con il principio della domanda, sicché il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio la nullità solo se sia in contestazione l'applicazione e l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, mentre l'accertamento d'ufficio di una causa d'invalidità diversa da quella posta a fondamento della domanda è inammissibile, ostandovi il divieto di pronuncia *ultra petita*”, continua, poi, rilevando che “anche sotto questo profilo, l'art. 21 septies non sembra diretto a innovare particolarmente rispetto al tradizionale atteggiamento del giudice amministrativo, il quale ha riconosciuto la rilevabilità d'ufficio di atti nulli solo per respingere, mai per accogliere la domanda proposta”, a seguito, poi, delle sentenze della Cassazione civile, sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170 e 16 maggio 2006, n. 11356 ipotizza “la possibilità di una rilevazione incidentale da parte del giudice della

seguendo, fondamentalmente, l'insegnamento della Cassazione (o, almeno, dalla corposa giurisprudenza di questa, a cui si è fatto inizialmente riferimento).

A ben vedere, un'affermazione del genere potrebbe riguardare unicamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ove risulta possibile (e non controversa) la percorribilità di azioni di accertamento o di condanna. Nella giurisdizione generale di legittimità, diversamente, tale possibilità non sussiste e, generalmente, ciò che un ricorrente richiede al collegio giudicante è l'annullamento di un provvedimento.

Ora, se si assumesse che il giudice amministrativo possa rilevare d'ufficio la nullità solo per contraddire alla domanda del ricorrente, che chieda l'accertamento di un rapporto o di un provvedimento, ciò equivarrebbe a svuotare di contenuto l'istituto della rilevabilità d'ufficio, che, nei fatti, sarebbe del tutto inattuabile nella giurisdizione generale di legittimità²⁷⁴. Infatti, nell'ambito di tale

nullità dell'atto impugnato, la quale altro non è che una sorta di disapplicazione"; sentenza TAR Veneto, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 347, in materia espropriativa.

²⁷⁴ P. Adami, *op. cit.*, p. 8; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *op. cit.*, p. 1; D. Macrì, *op. cit.*, p. 285; A. M. Romano, *op. cit.*, p. 6, ove l'A. osserva "Per quanto concerne la rilevabilità di ufficio, si ritiene che il giudice amministrativo debba rilevare la nullità dell'atto anche quando la parte ricorrente abbia chiesto l'annullamento del provvedimento. Tale considerazione è avvalorata dalla diversa struttura e finalità del processo amministrativo e dal suo peculiare oggetto"; D. Ponte, *op. cit.*, p. 182, ove l'A. osserva anche che "la regola per cui la nullità deve emergere dagli atti di causa senza indagini ulteriori di fatto appare conforme alla natura del processo amministrativo come processo sugli atti, pur se in materia istruttoria il giudice amministrativo fonda la propria azione sul più elastico principio dispositivo con metodo acquisitivo"; S. De Felice, *op. cit.*, p. 7, ove l'A. osserva che "Quanto alla rilevabilità d'ufficio (*omissis*) va ponderata bene, anzi, probabilmente va rifiutata l'applicazione di quel principio del giudice civile secondo il quale la nullità è rilevata d'ufficio dal giudice nei soli casi in cui si agisca per far valere diritti presupponenti la validità del contratto (per esempio, l'esecuzione), mentre il rilievo di ufficio non varrebbe quando si fanno valere altri vizi (l'annullabilità o anche la risoluzione), in quanto, contrariamente, si andrebbe *extra* o *ultra petita*, sanzionando un vizio più grave o diverso da quello richiesto dalla parte. Tale principio non

giurisdizione, il ricorrente mira all'annullamento del provvedimento, non aspirando ad altre utilità e, soprattutto, non volendo accertare alcunché o portare ad esecuzione il provvedimento.

A questa linea argomentativa sembra ispirarsi la recente giurisprudenza amministrativa che, probabilmente, valorizza anche la circostanza che normativamente (il richiamo è sempre alla disciplina civilistica) non è previsto alcun vincolo alla rilevabilità d'ufficio della nullità²⁷⁵.

La più volte citata sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3746²⁷⁶, infatti, prende netta posizione a

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 ascrivibile alla nullità o alla annullabilità"; *contra* G. Aiello, *op. cit.*, p. 6, ove si legge "La nullità del provvedimento potrà essere inoltre rilevata d'ufficio a patto che l'atto sia l'elemento costitutivo della domanda e che tra le parti vi sia contestazione sulla sua applicazione od esecuzione. Il suo accertamento *ex officio* da parte del giudice sarà poi possibile solo se la nullità emerge dagli atti di causa e la sua declaratoria non richiede ulteriori indagini di fatto"; B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1674, ove l'A. scrive che "si ammette la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, *omissis*, tale regola, tuttavia, è stata coordinata con il principio della domanda, sicché si riconosce che il giudice è tenuto a rilevare la nullità solo nei casi in cui è in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della stessa. Diversamente, l'accertamento d'ufficio della nullità per ragioni diverse da quella posta a fondamento della domanda è considerata inammissibile, stante il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato"; F. Cardarelli, V. Zeno Zencovich, *osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica*, in www.giustamm.it, p. 4, ove gli A. assumono che "la rilevabilità d'ufficio non sarebbe comunque diretta a consentire una espressa pronuncia sulla nullità del provvedimento se ciò non sia stato espressamente richiesto dalla parte"; M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, già *cit.*, ove si legge che "sarebbe viziata da ultrapetizione una pronuncia del giudice che, esulando dal contenuto della domanda, delibi espressamente sulla nullità del provvedimento ovvero di un provvedimento connesso o collegato e che la decisione costituisca sul punto giudicato tra le parti".

²⁷⁵ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 388.

²⁷⁶ Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3746, in *giornale di diritto amministrativo*, n. 2 del 2007, p. 202, già *cit.*; in adesione M. Balloriani, *op. cit.*, p. 932, ove l'A. si esprime nel senso che "Nel caso di ricorso per l'annullamento di un atto amministrativo su motivi infondati e comunque non espressione di vizi di nullità, pertanto, sarebbe più corretto pronunciarsi comunque d'ufficio nel caso si riscontrasse per altri motivi la nullità del provvedimento, tuttavia non in termini di

favore della rilevabilità d'ufficio della nullità, anche nel caso in cui sia stato richiesto l'annullamento dell'atto, come consueto nella giurisdizione generale di legittimità.

Alle stesse conclusioni giungono le sentenze del T.A.R. Abruzzo, l'Aquila, 17 luglio 2007²⁷⁷, n. 484 ed ancor prima del T.A.R. Liguria, sez. I, 16 maggio 2007, n. 790²⁷⁸. Tale ultima pronuncia, invero, si esprime nel senso che “la nullità dei provvedimenti dinanzi al giudice amministrativo è rilevabile d'ufficio, alla stregua dei principi generali in tema di nullità, evidentemente applicabili anche nel processo amministrativo ed in specie nelle ipotesi in cui la validità ed esecutività del provvedimento costituisca oggetto della controversia”. Sembra, quindi, che vi sia, con tali sentenze (le argomentazioni della seconda sono riportate nella prima pronuncia) una sorta di ossequio all'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, di cui si è già detto. Tale rilievo, tuttavia, deve essere accompagnato dalla constatazione che le materie sulle quali si sono pronunciati i T.T.A.A.R.R. appena citati appartengono alla giurisdizione esclusiva.

accoglimento della domanda di parte, che non c'è stata in tal senso, ma preliminarmente, rilevando la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, dato che il provvedimento è già nullo e quindi inefficace”; *contra* A. D. Cortesi, *op. cit.*, p. 1301 e ss., ove l'A. afferma che “la rilevabilità d'ufficio di vizi non dedotti è assai controversa e dubbia, dovendosi comunque conciliare, come insegna la Cassazione, con il principio dispositivo e la regola del giudicato. Soprattutto la dichiarazione di nullità a distanza di anni dall'emanazione del provvedimento comporterebbe un vulnus per la certezza del diritto che il legislatore ha inteso invece preservare con la previsione di un breve termine decadenziale”.

²⁷⁷ Sentenza T.A.R. Abruzzo, l'Aquila, 17 luglio 2007, n. 484, in www.lexitalia.it.

²⁷⁸ Sentenza T.A.R. Liguria, sez. I, 16 maggio 2007, n. 790, in *foro amministrativo T.A.R.*, 2007, p. 1571.

E' possibile, a tal punto, osservare con facilità come nella giurisdizione generale di legittimità il giudice non abbia remore nel pronunciare *ex officio* la nullità anche quando, chiaramente, sia censurato un atto sotto il profilo della legittimità. Viceversa, pare che, invece, nella propria giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo segua maggiormente gli insegnamenti (ancorché ondivaghi) della Cassazione.

Stante ciò, quindi, si è visto come, ancora una volta, la dimensione civilistica sia attuabile solo in parte, o comunque in termini diversi, nell'ambito del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa²⁷⁹.

Peraltro, l'uso in termini ampi, da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità, della rilevabilità d'ufficio ha ripercussioni di notevole rilievo anche su talune circostanze che caratterizzano il processo amministrativo²⁸⁰. Si pensi, *in primis*, ad una eventuale impugnazione di un provvedimento

²⁷⁹ Per una prospettiva comunitaria, si veda: C. Bergeres, *la theorie de l'inexistence en droit communautaire*, in *rev. tr. dr. eur.*, 1989, p. 430 e ss., ove l'A osserva che "in diritto comunitario, il giudice si è riconosciuto, sia pure con una certa cautela, il potere di sollevare d'ufficio un motivo di invalidità di un atto comunitario non tempestivamente invocato dalle parti nel caso eccezionale di vizio di nullità assoluta o inesistenza".

²⁸⁰ G. Tropea, *op. cit.*, p. 8, ove l'A. rileva che "quanto al principio del contraddittorio, una soluzione equilibrata, già peraltro avanzata da autorevole dottrina, pare quella che conduce ad una rivalutazione, anche per il processo amministrativo, di quella norma (art. 183, comma 4, c.p.c.) che impone il c.d. contraddittorio "verticale", ovvero conseguente ad un rilievo officioso del giudice. E' significativo notare come la giurisprudenza abbia (solo di recente) iniziato a valorizzare tale norma, *omissis*. Le parti trarrebbero stimolo dalla comunicazione a volgere adeguatamente le proprie difese in ordine alla questione di nullità"; *idem* P. Adami, *op. cit.*, p. 9; M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, già *cit.*; Tale auspicio pare, perverso, cozzare con il presupposto, previsto per il rilievo officioso della nullità, per cui quest'ultima debba emergere dagli atti di causa e non debba richiedere ulteriori indagini di fatto.

pretesamente annullabile, avvenuta oltre il termine decadenziale. Attraverso il rilievo officioso del giudice della nullità è possibile evitare, in tale circostanza, una pressochè ovvia pronuncia di inammissibilità per tardività²⁸¹.

3) *L'amministrazione di fronte al provvedimento nullo: i procedimenti di secondo grado (I) e la responsabilità (II). L'ipotesi del diritto di resistenza in capo al privato (III)*

I. Si è finora ragionato, nel presente capitolo, di questioni, per così dire, esterne all'Amministrazione; ovvero il relevantissimo ambito della giurisdizione sui provvedimenti nulli e l'azione di nullità, con le problematiche vicende che porta con sé. Tali tematiche toccano la sfera del trattamento processuale del provvedimento, quindi un interesse prevalentemente privato a demolire l'atto, o meglio a

²⁸¹ M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 7, ove l'A. osserva anche come “la rilevabilità d'ufficio della nullità, impiegata nel particolare contesto pubblicistico, si presta ad essere piegata agli interessi dell'amministrazione. La previsione di nullità, anziché porsi quale strumento di garanzia, idoneo ad accrescere le possibilità di tutela degli interessi privati nei confronti dell'amministrazione, risulta in concreto posta a vantaggio della sola pubblica amministrazione, la quale finisce per beneficiare di atti da lei stessa compiuti in violazione della legge”, cita, poi, in nota la sentenza T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 22 gennaio 2002, n. 79, che dichiara nulli per incompetenza assoluta gli atti del CO.RE.CO, perché organo che ha cessato di esistere, con la conseguenza che la nullità degli atti di controllo determini l'immediata esecutività delle delibere da controllare e la tardività di un'eventuale impugnazione di queste, a scapito, chiaramente, del privato. Una tesi del genere, quantunque suggestiva, probabilmente prova troppo, nel senso che solo in ipotesi l'istituto della nullità può proteggere le posizioni della pubblica amministrazione, tuttavia, istituti come la rilevabilità d'ufficio, la imprescrittibilità, l'interesse generalizzato a ricorrere, che accedono alla nullità del provvedimento, viceversa, consentono al privato di avere uno strumentario più ricco per la tutela delle proprie posizioni giuridiche.

trovare i corretti strumenti giuridici per richiedere la dichiarazione di nullità del provvedimento.

Orbene, il presente paragrafo avrà l'obiettivo di comprendere i meccanismi di approccio della pubblica amministrazione all'atto affetto da nullità strutturale, una volta che quest'ultimo sia stato adottato. Si cercheranno, inoltre, di comprendere le conseguenze, in termini di responsabilità, causate dall'adozione del suddetto atto. Si concluderà, infine con riflessioni sul contraltare del trattamento pubblico nei confronti dell'atto nullo, ovvero il cosiddetto diritto di resistenza attribuito al privato.

Come da intendimento, si ritiene opportuno principiare dall'analisi del contegno tenuto dall'Amministrazione che si trovi di fronte ad un atto gravemente viziato da un deficit strutturale da ella stesso posto in essere. Chiaramente, l'ambito di tale analisi non può che essere la cosiddetta autotutela amministrativa. Su tale istituto, nonostante molteplici ed autorevoli voci di commentatori, non si è ancora trovato un inquadramento unitario, tale da consentirne una precisa definizione²⁸². Indubbiamente, seguendo le orme di Benvenuti²⁸³, non può evitarsi di dire che, *in primis*, l'autotutela risulta essere "la capacità (*ndr*: dell'Amministrazione) di farsi giustizia da sé". Questa definizione, come risaputo, soffre di numerosi corollari e catalogazioni. Tra quest'ultime, la più celebrata è la *summa*

²⁸² M. Ragazzo, *l'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, p. 3 e ss..

²⁸³ F. Benvenuti, voce *autotutela*, in *enciclopedia del diritto*, Milano, p. 537; B. G. Mattarella, *op. cit.*, ove l'A. ricorda come Giannini non abbia accolto la suddivisione benvenutiana tra autotutela decisoria ed autotutela esecutiva, ritenendo sostanzialmente sinonimi l'autotutela e l'esecutorietà.

divisio tra autotutela decisoria ed autotutela esecutiva. La prima, sempre nella definizione benvenutiana, “va ripartita in due grandi categorie: quella dell’autotutela sugli atti, esplicantesi, cioè, in ordine alla validità degli atti amministrativi e quella dell’autotutela sui rapporti, esplicantesi in ordine all’utilità dei rapporti stessi”; l’autotutela esecutiva²⁸⁴, diversamente, “consiste in attività non provvedimentali intese a raggiungere i risultati pratici che interessano all’amministrazione”, in sostanza, un comportamento materiale, una operazione.

Al di là di tale assunto, va riportato che, allo stato, sono enucleabili in dottrina sostanzialmente tre diverse prospettive di valutazione del fenomeno dell’autotutela; “la prima, che fa coincidere la nozione in discorso con quella di attività di esecuzione coattiva diretta delle pretese dell’amministrazione; la seconda che aggiunge a tale area anche quella del riesame; nell’ambito di quest’ultima elaborazione si trovano, poi, alcune opinioni che considerano quale manifestazione di autotutela solamente l’attività di riesame con esito demolitorio, ossia quella tendente ad eliminare l’atto riconosciuto invalido, ed altre opinioni dottrinali che fanno invece rientrare nell’autotutela anche l’attività di riesame ad esito conservativo, ovvero quella volta all’eliminazione dei vizi ed alla conseguente conservazione del provvedimento, così sanato, nell’ordinamento. La terza concezione di autotutela proposta dalla dottrina è quella che fa coincidere questo

²⁸⁴ D. Ponte, *op. cit.*, p. 206 ove l’A. si pronuncia nel senso che “in relazione all’atto nullo, l’autotutela esecutiva deve essere esclusa in quanto non può essere portato ad esecuzione un provvedimento nullo e quindi improduttivo di effetti”.

istituto con quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese”²⁸⁵.

Come si è visto, quindi, il panorama è particolarmente variegato; tuttavia, i problemi di catalogazione teorica dell'autotutela sfiorano soltanto la sostanza della questione che si sta affrontando.

Volendo essere maggiormente concreti, si può rilevare come la nullità strutturale del provvedimento faccia sorgere sostanzialmente due domande a chiunque si approcci al problema. La prima è se sia plausibile, stante la legislazione vigente, un provvedimento di autotutela “demolitoria”, mentre, la seconda, ipotizzabile, domanda attiene alla percorribilità, di provvedimenti di “autotutela “conservativa”.

E' bene, ancora una volta, procedere con ordine e cercare di dare una risposta al primo quesito che si ci è posti.

Storicamente, le riflessioni della dottrina e, dipoi, l'attenzione del legislatore si sono concentrate sui procedimenti di secondo grado riguardanti provvedimenti annullabili, come, d'altro canto, naturale in un sistema che privilegia tale tipologia di invalidità. Si sono, quindi, sviluppate ed affinate le categorie dell'annullamento d'ufficio (o in autotutela) e della revoca. Quanto a

²⁸⁵ M. Ragazzo, *op. cit.*, p. 7.

quest'ultima, attualmente oggetto della disciplina di cui all'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, non pare possa in nessun modo essere fatto oggetto di parallelismo con questioni inerenti la nullità per la semplice constatazione che la categoria della revoca presuppone il legittimo dispiego di effetti giuridici del provvedimento intaccato, ciò è sufficiente per non accostare tale istituto alla categoria della nullità.

Ben diversamente si pone la questione relativa all'annullamento d'ufficio.

Come risaputo, dopo molti anni di sedimentazioni giurisprudenziali e prassi amministrative, solo a seguito della riforma intervenuta con legge n. 15 del 2005 l'annullamento d'ufficio ha ottenuto una disciplina positiva, attualmente disposta con l'art. 21 nonies della legge sul procedimento amministrativo.

Con la nuova disposizione normativa, l'annullamento in autotutela è stato meglio definito e consentito all'interno di precisi canoni. Tali sono l'ovvia illegittimità del provvedimento, nelle tre vesti di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, la sussistenza di ragioni di pubblico interesse, un termine ragionevole e la considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Orbene, risulta determinante domandarsi se l'istituto delineato dall'art. 21 nonies, primo comma, possa attagliarsi anche ai casi riguardanti la nullità. Ancora una volta, si è costretti ad attingere a diversi istituti, questa volta di diritto

amministrativo, per risolvere le questioni che la nullità provvedimento pone. Bisogna, in sostanza, verificare se il *vestimentum* dell'annullamento in autotutela si possa plasmare anche indosso alla categoria della nullità²⁸⁶.

Alcune pronunce²⁸⁷, sbrigativamente, ritengono del tutto trasponibile la disciplina dell'art. 21 nonies, primo comma, della legge n. 241 del 1990 anche alle fattispecie di nullità. Il discorso, tuttavia, va approfondito.

Il punto di partenza, indubbiamente, non può che essere la constatazione che se la pubblica amministrazione, attraverso lo strumento dell'annullamento in autotutela, mira a rimuovere dal mondo giuridico un atto che non risponde ai canoni di legittimità, a *fortiori* sarà abilitata ad eliminare un atto affetto da una patologia più grave della semplice annullabilità. Stante esigenze assimilabili, è necessario riflettere sull'uso comune del medesimo istituto.

Il primo, quasi insuperabile, ostacolo si rileva sulla base della riflessione attinente il tipo di potere esercitato da un

²⁸⁶ L. D'Angelo, *l'improduttività di effetti del provvedimento amministrativo nullo*, in www.lexitalia.it, ove l'A. osserva che "il fatto che non sia stato previsto espressamente 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 di potere, laddove sia individuabile, e l'effetto giuridico conseguibile dal suo esercizio, con il risultato di una immodificazione della altrui sfera giuridica, con conseguente non necessità (e configurabilità) di interventi di secondo grado".

²⁸⁷ Sentenza Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana, 21 maggio 1990, n. 137, in *Consiglio di Stato*, 1990, I, p. 897 e sentenza TAR Campania, 28 novembre 1978, n. 1030, in *TAR*, 1979, I, p. 267 sono esempi risalenti, ma che si ritengono tuttora validi; V. Cerulli Irelli, *corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 626, ove l'A. afferma che "la nullità può essere dichiarata, oltre che ovviamente dal giudice (civile o amministrativo, a seconda della competenza), dalla stessa amministrazione con procedimento di secondo grado assimilabile all'annullamento d'ufficio (Consiglio di Stato, sez. V, 8 giugno 1979, n. 296); anche qui senza alcun limite di tempo", l'affermazione, chiaramente, soffre il cambiamento di normativa intercorso.

provvedimento di annullamento di ufficio di un atto affetto da illegittimità. Come risaputo, gli effetti dell'atto di secondo grado saranno costitutivi, in quanto elidendo gli effetti già prodotti dal provvedimento illegittimo, creeranno una nuova situazione giuridica, se del caso incidendo sulla cosiddetta consolidazione dell'atto, non più impugnabile una volta decorso il termine decadenziale.

Si è visto come, pur anche a livello giurisdizionale, il rilievo della nullità ha carattere necessariamente dichiarativo, non essendo l'atto nullo in grado di produrre effetti diretti. Tale caratterizzazione dovrà accompagnare anche i provvedimenti di secondo grado che rileveranno la nullità di un precedente provvedimento.

A tal riguardo, quindi, risulta più opportuno parlare di un atto di secondo grado avente natura dichiarativa²⁸⁸.

Appurato che non possa parlarsi di annullamento d'ufficio vero e proprio, bisogna interrogarsi sulla percorribilità degli altri canoni che accompagnano l'annullamento in autotutela a norma dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

²⁸⁸ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 325, ove l'A. parla di "riesame dichiarativo"; sentenza TAR Lazio, sez. I, 6 maggio 1992, n. 651, in *giurisprudenza italiana*, 1992, III, 1, p. 835; D. Ponte, *op. cit.*, p. 206, ove l'A. parla di atto con cui l'amministrazione dà conto dell'improduttività degli effetti; B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1672, ove l'A. assume la natura dichiarativa del provvedimento demolitorio di secondo grado che incida su un atto nullo, precisando tuttavia, che trattasi di potere discrezionale; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 345, ove gli A. osservano che "il riesame dell'atto nullo si sostanzia, nella funzione di dichiarare, in un'ottica meramente ricognitiva, che quell'atto non ha prodotto alcun effetti giuridico", per gli A., inoltre, l'atto nullo è suscettibile di creare affidamenti meritevoli di tutela; A. D. Cortesi, *op. cit.*, p. 1301 e ss., ove l'A. assume che "L'amministrazione che accerta unilateralmente la nullità di un proprio provvedimento (non inesistente) sta esercitando un potere (o meglio, riesercitando il potere di amministrazione attiva, implicitamente conferitole dal legislatore) e sta determinando degli effetti giuridici in capo ai destinatari, poiché solo a seguito di tale declaratoria il provvedimento cessa di produrre i propri effetti e vengono cancellati dalla sfera giuridica dei privati quelli fino a quel momento prodotti, non prima". Probabilmente, l'A. fa riferimento ai cosiddetti effetti indiretti.

In primis, vengono in rilievo le ragioni di pubblico interesse che devono presiedere all'atto di auto annullamento. La valutazione di tali ragioni rendono l'atto di secondo grado sostanzialmente discrezionale, almeno il più delle volte²⁸⁹. Nel caso dell'atto nullo, soprattutto se la nullità deriva da un deficit strutturale, la valutazione di pubblico interesse, si ritiene, è stata fatta a monte, allorquando il legislatore ha riservato, per atti che presentassero determinati gravi stati invalidanti, la sanzione della improduttività degli effetti, ovvero la non possibilità di incidere sulla fattispecie concreta e, conseguentemente, sull'assetto del pubblico interesse. In sostanza, se l'atto nullo non persegue in nessun modo il pubblico interesse, non si vede quali "ragioni di pubblico interesse" debba valutare la pubblica amministrazione prima di dichiarare, in autotutela, la nullità dell'atto²⁹⁰.

²⁸⁹ G. Barone, *l'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consigli per un uso ragionevole*, in www.giustamm.it; *contra*, M. Tiberii, *op. cit.*, in nota n. 503.

²⁹⁰ Nel senso della non necessità di effettuare una valutazione comparativa del pubblico interesse, nel caso di dichiarazione di nullità da parte della P.A. di un precedente provvedimento, si veda: sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 5 luglio 2000, n. 3708; sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 1971, n. 705, in *Consiglio di Stato*, 1971, I, p. 1455; sentenza TAR Puglia, Lecce, 10 febbraio 1979, n. 46, in *TAR*, 1979, I, p. 1349; sentenza TAR Abruzzo, L'Aquila, 26 aprile 1978, n. 182, in *TAR*, 1978, p. 2868; A. Bartolini, *op. cit.*, p. 327, ove l'A. si esprime nel senso di non condividere l'orientamento giurisprudenziale che vuole che non vi sia valutazione del pubblico interesse nella dichiarazione, in autotutela, della nullità provvedimento. Ciò in quanto, a dire dell'A., "L'Amministrazione, alla luce del principio di conservazione dei valori giuridici, ha l'obbligo di valutare se sussistano le condizioni per poter convertire o convalidare il provvedimento nullo". Pur essendo concordi con tale ultima affermazione, pare più corretto dire che, nel caso non si possa far luogo alla conversione (come nel caso della nullità strutturale, come si vedrà più appresso), la pubblica amministrazione non può valutare discrezionalmente l'opportunità di dichiarare la nullità, ma vi deve prontamente procedere, anche in virtù del generale dovere di correttezza in capo alle Pubbliche Amministrazioni, che, sicuramente, si fa maggiormente stringente nei casi di vizi così gravi come quelli che conducono alla nullità strutturale.

Il discorso fin qui fatto è particolarmente calzante anche per gli altri due canoni, che, generalmente, vanno valutati insieme, del termine ragionevole e della considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Ponendo l'accento su tali rilievi, il legislatore ha voluto ammonire l'Amministrazione Pubblica sul necessario rispetto dell'affidamento che un provvedimento amministrativo ordinariamente crea, ancor più se risultino già decorsi i termini per l'impugnazione.

Su queste basi, quindi, il ragionamento non può che spostarsi sulla capacità del provvedimento nullo di creare affidamento nei privati.

Come si legge in un acuto commento, “la tutela dell'affidamento coincide con la tutela di ciò che si è realizzato a seguito dell'emanazione del provvedimento e col consolidamento che nel tempo ha avuto questa realizzazione. Del resto, se si leggono con attenzione le decisioni del giudice amministrativo in tema di protezione dell'affidamento, ci si accorge che in fondo il giudice usa la parola affidamento condividendo la tendenza a un linguaggio moderno e democratico, espressivo del proposito di tutelare la fiducia che i cittadini ripongono nella P.A.; ma quando si cerca di comprendere che cosa esattamente si protegga tramite la tutela dell'affidamento, ci si accorge che la protezione viene accordata solo se si è in concreto modificata la situazione di fatto a seguito dell'emanazione del provvedimento e se è intervenuto il consolidamento di questa modificazione.

Questa miscellanea, questa unione tra tempo trascorso e utilizzazione che il cittadino ha fatto dell'atto, costituisce il nucleo dell'affidamento da proteggere. Non si rinvencono decisioni nelle quali l'affidamento venga preso in considerazione di per sé stesso, come cioè atteggiamento psicologico di fiducia del privato nell'agire dell'amministrazione²⁹¹, ma al quale non sia seguito né il trascorrere di un certo spazio di tempo né la modifica della sfera giuridica del privato in conseguenza dell'utilizzazione del provvedimento emanato²⁹².

Ora, se l'affidamento promana da una commistione tra tempo trascorso ed esecuzione (anche di fatto) del provvedimento, la nullità (soprattutto quella strutturale) pone dei seri problemi.

²⁹¹ A. Romano Tassone, *osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *annuario AIPDA 2002*, Milano, p. 103, ove l'A. espone come vi sia "da chiedersi se le aspettative di una azione amministrativa intrinsecamente legale, oltre che efficiente secondo un modello di razionalità orientato al risultato, sia tramontata nella coscienza collettiva, se possiamo ritenere che quest'ultima si accontenti di prestazioni amministrative adeguate, ancorché non legali. Sono persuaso che non sia così, né possa essere, e che le aspettative collettive circa il *modus agendi* dell'amministrazione includano anche la legalità dall'azione stessa, ancorché non più su un piano di assolutezza".

²⁹² G. Barone, *l'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it; F. Merusi, *l'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; A. Iunti, *lesione dell'affidamento e natura della responsabilità della P.A.*, in www.giustamm.it, ove l'A. osserva come per affidamento possa intendersi quella situazione "di fiducia sulla stabilità del provvedimento adottato, che nasce da una situazione psicologica del suo destinatario, il quale confida nella legittimità ed opportunità dell'atto, in quanto proveniente da una pubblica autorità ed assistito dalla presunzione di legittimità. In un secondo significato, l'affidamento può intendersi in senso oggettivo, intendendo con ciò un'aspettativa del privato ad un comportamento dell'amministrazione secondo regole di correttezza (e cioè di buona fede), che le impongono di tenere conto delle situazioni altrui, da essa stessa create, nel momento in cui volesse ritornare sulle sue decisioni. La tutela dell'affidamento, inoltre, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, prescinde dal fatto che l'attività posta in essere dall'amministrazione sia discrezionale o vincolata e, soprattutto, dal fatto che sia accertata la spettanza del bene della vita oggetto di tutela".

Si sa, infatti, che la nullità provvedimentoale comporta l'assenza degli effetti diretti, che l'atto avrebbe avuto se fosse stato adottato correttamente. Cionondimeno, il provvedimento nullo può essere portato ad esecuzione in via di fatto. Si ritiene giusto evidenziare, tuttavia, che tale esecuzione costituisce una evenienza possibile, ma non una necessaria conseguenza dell'atto nullo. Tale circostanza conduce a credere che l'ambito di operatività dell'affidamento protetto dalla norma sull'annullamento in autotutela non sia riconducibile alle ipotesi legate all'esecuzione di provvedimenti nulli²⁹³. Infatti, se un'esecuzione, anche di fatto, di un provvedimento può ottenere tutela (*sub species* di considerazione in ambito di procedimenti di secondo grado), ciò è plausibile allorquando tale esecuzione è effetto diretto e necessario dell'atto e non meramente eventuale, come nella nullità.

Inoltre, a supporto di tale visione, può ricordarsi che l'atto nullo, perché carente dal punto di vista strutturale, si caratterizza per essere affetto da una patologia che *ictu oculi* risulta visibile²⁹⁴. Tale qualità, ovvero l'immediatezza del vizio, deve essere palese al giudice in giudizio, ma anche al destinatario dell'atto ed agli eventuali controinteressati²⁹⁵. In

²⁹³ D. Macrì, *op. cit.*, p. 286; M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, già *cit.*, ove l'A. osserva che "i limiti che l'art. 21 nonies pone all'annullamento d'ufficio dovranno essere letti ed applicati in maniera meno rigorosa, soprattutto con riferimento alla condizione del tempo ragionevole".

²⁹⁴ D. Corletto, *sulla nullità degli atti amministrativi*, in www.giustamm.it, ove l'A. effettua un interessante parallelismo tra la disciplina italiana della nullità provvedimentoale e quella tedesca, dando conto come in quest'ultima vige il principio dell'"*evidenzetheorie*", che comporta la immediata evidenza della nullità quale caratteristica saliente di tale tipologia di invalidità.

²⁹⁵ L. Alesiani, *op. cit.*, ove l'A. acutamente si domanda, in relazione alla posizione dei controinteressati, "*quid iuris, omissis*, quando, a distanza di anni, viene

sostanza, non può ritenersi che l'affidamento si fondi su un atto visibilmente viziato²⁹⁶, pena il riconoscimento di un aspetto premiale (quale è la considerazione dell'affidamento) a chi non ha usato la minima accortezza nel valutare il provvedimento, così come adottato e notificato.

Si è visto, quindi, come il provvedimento che incida sull'atto nullo sia un provvedimento di secondo grado avente natura dichiarativa. Tale qualità è sostanzialmente percepibile anche nelle poche sentenze post-riforma che hanno affrontato il problema. In particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890 risulta esemplificativa. Ivi il Supremo Consesso Amministrativo ha affermato in maniera netta la plausibilità di un provvedimento in autotutela che dichiari la nullità di alcuni provvedimenti precedenti (nella fattispecie, alcune concessioni edilizie) adottati (o meglio, rilasciati) nel corso del 1991 e del 1992. Pur non condividendo le conclusioni cui giunge la sentenza, che assume come carente di volontà un provvedimento adottato “in ambiente collusivo penalmente rilevante”, si deve, peraltro, notare come la pronuncia, in qualche modo suffraghi la tesi, pocanzi esposta, della sostanziale inidoneità del provvedimento nullo a creare un ambito di affidamento giuridicamente

dichiarata la nullità della concessione edilizia priva della sottoscrizione del sindaco? Tale nullità travolge anche la posizione del terzo, che in buona fede abbia acquistato l'immobile, o una porzione di esso, dal costruttore, magari colluso con la pubblica parte? Insomma, si ha l'impressione che, sotto molteplici profili, la disposizione dell'art. 21 septies, legge 241/1990, sia lacunosa”; *idem* A. D. Cortesi, *op. cit.*, p. 1301 e ss..

²⁹⁶ D. Corletto, *op. cit.*, 6, ove l'A evidenzia come un atto nullo non possa creare alcun affidamento.

tutelabile, stante il cospicuo lasso di tempo intercorso tra provvedimento nullo e provvedimento dichiarativo di secondo grado.

Ipotesi diversa affronta la sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. III, 29 gennaio 2009, n. 1010, ove, pur ammettendo un atto di secondo grado dichiarativo della nullità, il collegio milanese lo qualifica quale provvedimento di annullamento in autotutela, stante la constatata erroneità del giudizio dell'Amministrazione (nella specie, la Prefettura) nello stimare la mancanza di un presupposto come mancanza di un elemento essenziale.

Rilevato ciò, l'autotutela amministrativa non si esaurisce nelle sole forme demolitorie, ma si esplica anche in modelli tesi alla conservazione dell'atto amministrativo. Si perviene, quindi, alla seconda domanda che più sopra si ci è posti, ovvero se sia plausibile una forma di tutela di tal fatta per il provvedimento nullo dal punto di vista strutturale.

La riflessione non può che partire dalla percorribilità di strumenti quali la convalida e la conversione.

Quanto al primo strumento, risulta opportuno rilevare come la convalida, a seguito della riforma del 2005 (ma anche prima, a ben vedere), risulti ben circoscritta entro la sfera dell'annullabilità. D'altro canto, il legislatore ha voluto inserire, proprio nel corpo dell'art. 21 nonies, il cui primo

comma è dedicato all'annullamento d'ufficio, la disposizione riguardante la convalida²⁹⁷.

Invero, anche se la convalida amministrativa non fosse stata disciplinata, avrebbe soccorso la disposizione codicistica²⁹⁸ che all'art. 1423 espressamente esclude la convalidabilità della fattispecie nulla, salvo i casi previsti dalla legge. In sostanza, si hanno, come si sarebbero avute, le medesime conclusioni cui si è giunti a proposito dell'annullamento in autotutela.

Diverso è, invece, il discorso riguardante la conversione²⁹⁹, che, in termini civilistici (che, come sempre, sono il

²⁹⁷ B. Gilberti, *op. cit.*, p. 1672, ove l'A. propende per la non percorribilità dell'istituto della convalida nel diritto amministrativo.

²⁹⁸ G. Piazza, *la convalida nel diritto privato*, Napoli, 1973, ove l'A. ricostruisce l'intera vicenda giuridica legata alla convalida. Euclea, quindi, le teorie in tema di convalida, dando conto di una prima corrente, definita la più semplice ed antica, che qualifica l'istituto *de quo* come rinuncia al diritto di annullamento, incardinabile nei più generali atti di rinuncia. All'interno di tale prima teoria, si distinguono gli autori che ritengono, più sfumatamente, che la convalida implichi o importi rinuncia al diritto di annullamento. Di fronte a tale ricostruzione, l'A. si mostra scettico per via della circostanza che le rinunzie, generalmente, hanno efficacia *ex nunc*, mentre, invece, alla convalida tradizionalmente sono attribuiti effetti retroattivi. La seconda corrente dottrinale muove "dalla segnalata esigenza di riconoscere una funzione positiva all'atto di convalida, che si ritiene di individuare in un effetto proprio di sanatoria sul precedente negozio", dando così rilievo all'elemento volontaristico. Per l'A., tuttavia, anche tale teoria si presta a critiche, legate anche al problema irrisolto della natura giuridica dell'effetto di convalida. Quest'ultima, infatti, pur a fronte di un contenuto costitutivo, pare avere un atteggiamento funzionale *lato sensu* dichiarativo. L'A., dipoi, in merito all'effetto diretto della convalida, si esprime nel senso che "esso, in relazione all'intento tipico di convalidazione, *omissis*, non solo non consiste nell'estinguere o nel costituire ma neppure nel modificare il rapporto negoziale, bensì più semplicemente e peculiarmente nel fissare il valore giuridico del negozio quale regola impegnativa. E cioè nella proiezione giuridica del positivo riconoscimento da parte del privato di una qualità già attribuita all'atto dall'ordinamento ma con riserva a favore del privato stesso di disconoscerla. L'effetto principale ed essenziale della convalida si riduce proprio in questa fissazione del valore giuridico impegnativo del regolamento, rispetto al quale la perdita del diritto di annullamento non è altro che il naturale esaurirsi della situazione potestativa di valutazione".

²⁹⁹ P. Bodda, *aspetti della conversione dell'atto amministrativo illegittimo*, in *foro amministrativo*, anno 16°, 1940, fasc. 11-12, p. 138 (anche monografia); P. Bodda, *la conversione dell'atto amministrativo*, Milano, 1932; R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, già *cit.*, p. 506, ove gli illustri A. osservano come "l'ortopedia del contratto, operata con la

parametro di riferimento) è l'atto di sanatoria precipuamente predisposto per la fattispecie nulla³⁰⁰. L'art. 1424 del codice civile si esprime nel senso che “il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”.

Il diritto amministrativo positivo non conosce definizioni dell'istituto della conversione, tuttavia, le coordinate più chiare in merito sono state date dalla ormai risalente “proposta di legge Lucifredi sull'azione amministrativa”³⁰¹, che, in strettissima aderenza al dato codicistico, si esprime nel senso che “l'atto nullo o illegittimo produce gli effetti di un atto diverso se di questo contenga i requisiti di forma e di sostanza, semprechè debba ritenersi che l'autorità avrebbe voluto tale diverso atto se avesse conosciuto la nullità o la illegittimità dell'atto emanato”.

conversione, è dunque più radicale – o è giudicata più radicale dal legislatore – dell'ortopedia operata con la depurazione”, intendendo con tale operazione “l'espunzione dal contratto della sola clausola affetta da nullità”.

³⁰⁰ G. Stivali, *nota in materia di conversione del contratto nullo ex art. 1224 c. c.*, in *giurisprudenza italiana*, n. 12 del 2003, commento alla sentenza tribunale di Casale Monferrato, 3 ottobre 2002, ove si chiarisce come “dal punto di vista oggettivo i due negozi, quello nullo e quello diverso, devono essere omogenei sul piano funzionale, devono cioè mirare alla realizzazione di interessi non divergenti avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti. *Omissis*. Ulteriore presupposto è la sussistenza della cosiddetta volontà ipotetica delle parti, che dovrà essere valutata in concreto”; sentenza Cassazione civile, 11 ottobre 1980, n. 5451, in *repertorio del foro italiano*, 1980; F. Gazzoni, *manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 972, ove l'A. osserva che “la conversione disciplinata dall'art. 1424 c. c. è definita come conversione sostanziale che opera con riferimento al contenuto del regolamento contrattuale e si differenzia dalla conversione formale che, invece, presuppone che uno stesso atto possa rivestire una pluralità di forme”; G. De Nova, voce *conversione*, in *enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988.

³⁰¹ R. Lucifredi, *diritto amministrativo*, Genova, 1973, II, p. 201 e ss., con annessa appendice.

Come è notorio, tale definizione non ha mai trovato uno sbocco normativo, tant'è che, ad oggi si procede con la categoria civilistica disciplinata dall'art. 1424 del codice civile³⁰².

Ora, è opportuno verificare se l'istituto della conversione civilistica sia trasponibile nel campo amministrativistico. Per far ciò, risulta necessario chiarire come la conversione possa sostanziarsi tanto in un'opera meramente interpretativa del provvedimento³⁰³, quanto in un vero e proprio nuovo provvedimento che abbia come presupposto l'interpretazione (si potrebbe dire, adeguatrice) del precedente. Nell'uno e nell'altro caso la conversione assume effetti ex tunc; ciò, d'altro canto, risulta quantomai ovvio, pena l'attingere ad un diverso istituto quale la rinnovazione³⁰⁴.

Prima di passare ad una riflessione maggiormente approfondita sulla conversione del provvedimento nullo dal punto di vista strutturale, pare opportuno rammentare che, storicamente, alcuni autori, come Giannini e Sandulli, non consideravano la conversione quale istituto adattabile al

³⁰² G. Ghetti, voce *conversione dell'atto amministrativo*, in *Digesto della discipline pubblicistiche*, p. 165, ove l'A. rileva che "come è noto, all'inizio dello studio del diritto amministrativo la dottrina pubblicistica utilizzò, in mancanza di propri autonomi istituti e metodologie, quelli che erano stati elaborati dagli studiosi del diritto privato. Si spiega così la generale – e, diremmo, pacifica – traslazione nel diritto amministrativo di un istituto quale è quello, affatto privatistico, della conversione del negozio giuridico, oggetto di specifica disciplina legislativa solo con l'art. 1424 c. c.". S. Monticelli, *contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 72.

³⁰³ R. Chieppa, *op. cit.*, p. 1299, ove si parla di operazione conservativa di tipo interpretativo-riduttivo.

³⁰⁴ M. D'Orsogna, *la nullità del provvedimento amministrativo*, già *cit.*, ove l'A. ammette la conversione e la rinnovazione del provvedimento nullo, ma non la convalida.

diritto amministrativo. Giannini, in particolare, riteneva che la conversione non avrebbe potuto trovare cittadinanza nell'ordinamento amministrativo, in quanto legittimata a sanare l'atto sarebbe stata la pubblica amministrazione, la quale avrebbe dovuto, invece, subire l'iniziativa dell'interessato (di solito il privato) volta ad utilizzare i rimedi contro l'atto invalido, a norma del codice civile. Tale osservazione, perverso, parrebbe più confacente ad un'ipotesi di convalida, anche se ben si comprende come Giannini arrivi a rifiutare la categoria della conversione, avendo negato (preliminarmente) la categoria della nullità. Inoltre, per l'illustre autore, mancherebbero in diritto amministrativo quelle ragioni di tutela patrimoniale che, invece, ricorrono nel diritto privato³⁰⁵.

Sandulli percorreva, diversamente da Giannini, una via intermedia, in base alla quale “la conversione degli atti invalidi si produce allorché, riconosciuta l'invalidità dell'atto, l'autorità che abbia potestà in ordine al suo oggetto lo dichiara tuttavia operativo degli effetti propri di un altro atto del quale esso presenti i requisiti, e che si debba presumere voluto in caso di non operatività del primo. A tal fine naturalmente, a differenza di quanto avviene per la conversione degli atti inesistenti, è necessario che sia previamente intervenuta una pronuncia di caducazione dell'atto invalido”³⁰⁶.

³⁰⁵ M. S. Giannini, *diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 571; V. Gerghi, *inammissibilità della conversione del provvedimento amministrativo*, in *nuova rassegna*, 1992, p. 267 e ss..

³⁰⁶ A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, I, p. 633.

Dato atto degli orientamenti dei due autori, pare opportuno ritornare alla attuale configurazione della conversione del provvedimento nullo ed al problema della sua percorribilità.

Ora, indubbiamente, nel nostro ordinamento vale il principio della conservazione dei valori giuridici³⁰⁷ e, pare, l'istituto della conversione (negoziale e provvedimentale) rientri a pieno titolo all'interno di tale principio, allo stesso modo della convalida d'altro canto. E' altrettanto indubbio che la riforma del 2005 ha, come più volte osservato, segnato una riduzione delle distanze tra sfera pubblicistica e sfera privatistica. Tali circostanze depongono per una sostanziale plausibilità, nel sistema di diritto amministrativo attuale, della conversione del provvedimento, soprattutto in virtù della circostanza che persiste, ad oggi, una categoria generale di nullità (che Giannini non aveva ipotizzato trattando della conversione).

Tali considerazioni vanno tuttavia smussate. Infatti, a voler aderire, seppur con la solita cautela, al dato codicistico, si osserva come siano necessari i requisiti di forma e di sostanza di un diverso provvedimento per convertire un atto nullo.

Basta tale rilievo per riconsiderare la vicenda sulla base dell'oggetto specifico del presente lavoro.

³⁰⁷ P. Bodda, *la conversione dell'atto amministrativo*, già *cit.*, p. 9; G. Aiello, *op. cit.*, p. 6, ove l'A. si schiera nettamente a favore della percorribilità dell'istituto della conversione "fermo restando che anche nel giudizio amministrativo la conversione non potrà essere dichiarata d'ufficio, ma potrà essere disposta in accoglimento della eccezione riconvenzionale spiegata dall'amministrazione resistente per contrastare l'azione di nullità"; R. Giovagnoli, M. Fratini, *op. cit.*, p. 347.

Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, infatti, sono tali in quanto si presentano come imprescindibili in qualsiasi atto amministrativo. L'assenza in un provvedimento di un elemento non può, si ritiene, essere sostituita da diverso elemento con manovre interpretative.

In sostanza, la carenza del soggetto, piuttosto che dell'oggetto, non sono rimpiazzabili da alcunché di analogo³⁰⁸. Stesso dicasi per la carenza di forma, che, peraltro, trova maggiore conforto codicistico.

In effetti, riflessioni analoghe possono essere effettuate anche a proposito della nullità per difetto assoluto di attribuzione, ove a risultare carente è la legittimazione dell'organo che adotti il provvedimento. Anche in tal caso, ben difficilmente possono ipotizzarsi casi in cui un provvedimento affetto da tale vizio si tramuti un altro valido provvedimento in virtù di conversione, anche perché tale operazione avrebbe molte somiglianze (fatte le debite distinzioni) con l'istituto della ratifica.

E' legittimo, a tal punto, chiedersi quale sia l'ambito di operatività della conversione del provvedimento nullo, dal momento che, come si è rilevato in precedenza, risulta essere una via astrattamente percorribile nel diritto amministrativo.

³⁰⁸ Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 1993, n. 118, in *foro amministrativo*, 1993, p. 93, ove si rileva come si abbia "nullità assoluta ed insanabile di un provvedimento amministrativo qualora esso manchi totalmente di taluno degli elementi destinato *ex lege* a costituirlo"; sentenza TAR Sicilia, Catania, sez. II, 28 giugno 2007, n. 1133; sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903.

A tal riguardo, è possibile dire che, dopo la riforma del 2005, permanga spazio per la conversione del provvedimento nullo unicamente per le ipotesi delle nullità testuali. D'altro canto, storicamente, le ipotesi più frequenti (o se non altro, quelle usate a titolo esemplificativo) avevano riguardo alla materia del pubblico impiego, caratterizzata da varie norme che sancivano la nullità del rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni.

Ciò posto, non si può dimenticare che lo strumento della conversione del provvedimento, quantunque abbia un ambito di operatività assai ristretto, debba essere utilizzato dalle amministrazioni *cum grano salis*, ovvero avendo sempre presente il principio (fondante il diritto amministrativo) della tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, in virtù del quale non è possibile tradurre un provvedimento invalido, perché nullo, in un diverso provvedimento che persegua il medesimo scopo, ma che non abbia la propria dimensione normativa.

II. Risulta proficuo, a questo punto della trattazione, dedicare alcune riflessioni alla questione della responsabilità. Ciò si rende opportuno, in quanto l'autotutela, come la responsabilità, hanno entrambe una matrice comune, ovvero il provvedimento nullo.

Per circoscrivere l'ambito della riflessione, che, banalmente, potrebbe occupare esso solo un'intera monografia, si è deciso di compiere alcune notazioni unicamente riguardo le conseguenze per il funzionario/dirigente che adotti il provvedimento nullo dal punto di vista strutturale.

La questione pare essere ancor più interessante a seguito dell'introduzione, ad opera della legge 18 giugno 2009 n. 69 (nel corpo dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990) della disposizione per cui “la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale”³⁰⁹.

Una norma di tal fatta può attirare l'attenzione, ai fini di cui si è detto, in quanto esiste una corrente dottrinale che assimila il provvedimento nullo al provvedimento non emanato, con la scontata conseguenza che anche l'adozione del provvedimento nullo legittimerebbe il privato ad avvalersi delle tecniche di tutela avverso il silenzio dell'Amministrazione³¹⁰.

³⁰⁹ R. Greco, *i nuovi profili della responsabilità dirigenziale nella legge 18 luglio 2009 n. 69*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 8 e ss. o anche in *la nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69*, a cura di R. Garofoli, Roma, 2009, ove l'A. conclude nel senso che “la previsione introdotta all'ultimo comma dell'art. 2 della legge n. 241/1990 deve essere interpretata nel senso che con essa si sia introdotta una nuova e ulteriore ipotesi di responsabilità dirigenziale, destinata ad aggiungersi a quelle già individuate dal non modificato art. 21 d.lgs. 165/2001”.

³¹⁰ S. Vinti, D. Capotorto, *op. cit.*, p. 139 e ss., ove gli A., dopo essersi chiesti se possa proporsi il ricorso ex art. 21 bis della legge n. 1034 del 1971 anche quando il procedimento si sia concluso con un provvedimento nullo, rilevano che “l'atto di diniego (ed invero anche di accoglimento dell'istanza) è da un punto di vista giuridico in tutto e per tutto assimilabile all'inerzia e non offre al privato alcuna certezza in più in merito alla regolamentazione del rapporto amministrativo. *Omissis*. Nel giudizio contro il silenzio, l'amministrazione non potrà, allora, difendersi eccependo l'intervenuta adozione di un provvedimento da parte di un altro ente privo di potestà (ndr: il caso specifico è quello del difetto assoluto di attribuzione); l'inadempimento permane e, con esso, il diritto del cittadino ad ottenere una pronuncia giurisdizionale che, accertata incidentalmente la nullità del provvedimento, verifichi la sussistenza dell'obbligo dell'amministrazione resistente di chiudere il procedimento (oltre, se del caso, alla fondatezza dell'istanza) e, per l'effetto, ordini a quest'ultima di provvedere. *Omissis*. Se si esclude che l'atto nullo costituisca adempimento all'obbligo di provvedere, si deve logicamente concludere nel senso che il giudizio contro il silenzio sia destinato a proseguire quando sia stato adottato un provvedimento siffatto (a prescindere dal suo contenuto di diniego o di accoglimento), che diverrà, su istanza del ricorrente o d'ufficio, oggetto di cognizione incidentale”; G. D'Angelo, *op. cit.*, p. 461 e ss., ove l'A. prende posizioni assumendo che “la soluzione più coerente con l'inefficacia dell'atto, *omissis*, sia quella di configurare un ricorso avverso il silenzio”.

Ora, è facile intuire come, in virtù di ciò che si è rilevato finora, non si possa aderire a tale ricostruzione, che assume come del tutto carente di potere il provvedimento nullo.

Nonostante, però, non si condivida tale impostazione, si rileva come, sulla base di quest'ultima, si possa attivare la responsabilità dirigenziale per attività silente, anche nel caso di adozione di un provvedimento nullo.

Orbene, tale conclusione appare eccessivamente pregiudizievole. Infatti, non sembra plausibile che un dirigente possa rispondere per la medesima attività provvedimentale, tanto per aver adottato un provvedimento nullo, quanto per aver tenuto un comportamento silente. Le due fattispecie appaiono in contraddizione.

Si ritiene, in sostanza, che la responsabilità attivabile in caso di adozione del provvedimento nullo sia unica e fondi la propria essenza nella scorretta attività provvedimentale, giammai in un contegno amministrativo inerte.

Ciò risulta quantomai palese nelle ipotesi di nullità testuale precedenti alla riforma del 2005. Infatti, come si può evincere da numerose norme che hanno costellato il nostro ordinamento, la nullità ha fatto spesso il paio con la responsabilità del dirigente; altrettanto spesso, poi, tale responsabilità, richiamata espressamente nella norma, ha costituito un vero e proprio spauracchio³¹¹, una sorta di ammonimento al dirigente a prestare particolare attenzione nell'adozione del provvedimento. Pervero, tale tipologia di

³¹¹ T. Capitanio, *op. cit.*, p. 779.

responsabilità dirigenziale si legava, a doppio filo, non tanto a questioni inerenti la legittimità in senso stretto del provvedimento, quanto ad un'esigenza di tutela delle finanze dello Stato.

Tale intendimento legislativo è particolarmente evidente se si osservano normative risalenti, anche se, a tutt'oggi, esemplificative, quali l'art. 5 del d.l. 10 novembre 1978 n. 702, convertito con legge 8 gennaio 1979 n. 3, l'art. 49 della legge 23 dicembre n. 833, l'art. 56, quinto comma, del d.lgs. n. 29 del 1993, così come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998 e l'art. 36, ottavo comma, del d.lgs. n. 29 del 1993 (nella novella introdotta dall'art. 22 del d.lgs. n. 80 del 1998). In tali ipotesi, il bene giuridico tutelato (si passi il linguaggio latamente penalistico) dalla nullità e dalla responsabilità del dirigente è, senza dubbio, l'integrità finanziaria dello Stato.

Il richiamo ad una forma diretta di responsabilità del dirigente ben si adatta a forme di nullità testuale. Tale responsabilità, peraltro, si atteggiava come responsabilità diretta, cui accedeva, in via sussidiaria, la responsabilità dello Stato, a norma dell'art. 28 della Costituzione³¹². Tale tipologia di responsabilità, di natura aquiliana, in effetti, si sostanziava in una (plausibile) inversione dei soggetti chiamati, in via diretta, a rispondere del danno causato da un atto nullo.

³¹² A. Bartolini, L. Cesarini, *nullità dell'atto e responsabilità del dirigente*, in www.lexitalia.it o www.giust.it, già cit..

Con la disciplina generale della nullità provvedimento e la consequenziale esclusione di richiamate ipotesi di responsabilità diretta del dirigente, gli ordinari canoni di chiamata in giudizio restano i medesimi della giurisprudenza sull'art. 28 della Costituzione³¹³, così come stratificata negli anni.

Oggetto dell'attuale riflessione, tuttavia, non è tale tipologia di responsabilità, che involgerebbe adeguate riflessioni anche in ordine alla dibattuta questione della pregiudiziale amministrativa³¹⁴ (che, comunque, si pone in termini differenti rispetto alle più frequenti ipotesi di atto annullabile), bensì la responsabilità dirigenziale "interna".

Si ritiene, infatti, che l'atto nullo sia uno degli indici cui far riferimento nell'ipotesi di conferma o revoca dell'incarico dirigenziale. Peraltro, si assume che siano proprio i provvedimenti nulli dal punto di vista strutturale a dover fornire un contributo di rilievo per soppesare la capacità amministrativa di ciascun dirigente. In effetti, il controllo interno di regolarità amministrativo e contabile dovrà dare il giusto peso alle ipotesi di nullità strutturale, quali sintomi di

³¹³ E. Casetta, *op. cit.*, p. 603; P. Patrito, *responsabilità dell'amministrazione e dei suoi funzionari: aspetti problematici del riparto di giurisdizione ed elemento soggettivo*, in *responsabilità civile e previdenza*, n. 10 del 2009, p. 10, ove l'A. osserva come sia un "dato acquisito che la responsabilità di amministrazione e funzionari abbia natura solidale, con conseguente esclusione della sussistenza di un litisconsorzio necessario tra costoro"; sentenza Cassazione, sez. un. civ., 22 febbraio 1995, n. 1963, in *giustizia civile massimario*, 1995, p. 408; A. D. Cortesi, *op. cit.*, p. 1301 e ss., ove l'A. aderisce alla "tesi totalizzante" secondo cui l'art. 28 Cost. non sola sancisce una responsabilità diretta del funzionario, ma anche, per garantire l'effettività del ristoro pecuniario, una parallela responsabilità in capo alla pubblica amministrazione a cui appartiene; F. Merusi, M. Clarich, *art. 28*, in *rapporti civili - commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, 1991, p. 362 e ss..

³¹⁴ G. Falcon, *la responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 2 del 2009, p. 265.

scarsa abilità amministrativa. Non si può, infatti, non rilevare, ancora una volta, come la nullità strutturale, diversamente da altri vizi provvedimentale, dovrà essere caratterizzata dalla sua immediata visibilità, che deriverà anche dalla banalità degli errori amministrativi, spesso figli di scarsa attenzione da parte di funzionari e dirigenti. In virtù di ciò, il rilievo della nullità strutturale ben si presta ad essere un canone (non l'unico, si intende) sulla base del quale operare la revoca dell'incarico dirigenziale.

III. Dopo aver dedicato alcune riflessioni sulla responsabilità, come pareva opportuno, si ritorna sul tema iniziale dell'autotutela. Stavolta, tuttavia, l'autotutela sarà analizzata da un diverso punto di vista, ossia quello del privato.

Il soggetto inciso dal provvedimento avrà modo, quale strumento di tutela della propria sfera giuridica, di opporsi all'esecuzione, in via di fatto, del provvedimento nullo. E' una sorta di contraltare, seppur con rilevanti distinzioni, del potere di autotutela della pubblica amministrazione³¹⁵.

Pervero, tale forma di opposizione al provvedimento nullo, meglio nota come diritto di resistenza (tematica approfondita soprattutto dalla letteratura politico-

³¹⁵ D. Ponte, *op. cit.*, p. 208, ove l'A. osserva, in merito all'eventuale sussistenza di un diritto di resistenza avverso l'atto nullo che "il legame deriva evidentemente dal carattere speculare rispetto all'autotutela dell'amministrazione, vista la sostanziale natura della resistenza (termine atecnico) come autotutela del privato. Resistenza teoricamente attuabile passivamente o attivamente"; P. Adami, *op. cit.*, p. 5, ove l'A. ritiene percorribile la strada dell'autotutela privata solo avverso i provvedimenti inesistenti, ancorché dotati di "esecutività".

costituzionale)³¹⁶, si sostanzia in multiformi atteggiamenti che il privato può assumere nella tutela dei propri interessi³¹⁷.

Innanzitutto, va rilevato come la dizione “diritto di resistenza” non sia del tutto esatta³¹⁸, perché lascerebbe intendere che vi sia una posizione giuridica azionabile o, se non altro, un opposto obbligo in capo alla pubblica amministrazione, ma tali circostanze non si rinvengono in alcun dato normativo. In virtù di ciò, probabilmente, è preferibile utilizzare la dizione “autotutela del privato”. Quest’ultima, volendo passare al setaccio le possibili

³¹⁶ A. Cerri, voce *resistenza (diritto di)*, in *enciclopedia giuridica*, XX – VI, 1991, 4 e ss., ove l’A. collega la reazione passiva al più ampio genere del diritto di resistenza.

³¹⁷ E. Casetta, *osservazioni sull’ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *rassegna di diritto pubblico*, n. 12 del 1952, ove l’A. si esprime osservando che, in caso di atti nulli, “al privato sarà inoltre consentita quella forma di reazione agli atti dell’autorità non conformi a legge, che si vuol denominare diritto di resistenza”. L’A., poi, si dice contrario a definire l’atto nullo come esecutivo, in quanto l’esecutorietà sarebbe un particolare modo di atteggiarsi dell’efficacia o dell’imperatività.

³¹⁸ F. Cannada Bartoli, *l’inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 220 e ss., ove l’illustre A. osserva che “la inosservanza non può considerarsi come un diritto soggettivo a sé stante. Se tale configurazione fosse ammissibile, tale diritto non potrebbe intercedere tra il cittadino e l’amministrazione, la quale dovrebbe essere titolare dell’obbligo corrispondente. Si prospettano qui due alternative, relativamente all’oggetto di questo rapporto giuridico, asserito in via meramente ipotetica: se nessuna delle due può essere accolta, bisogna convenire dell’inesattezza dell’ipotesi e ritenere di conseguenza che non possa costituirsi alcun diritto di resistenza o di inosservanza. La prima delle due alternative è la seguente: l’autorità amministrativa avrebbe l’obbligo di emanare atti legittimi; se non lo compie ed emana un atto illegittimo, il destinatario avrebbe il diritto di resistere. *Omissis*. La seconda sarebbe di considerare l’amministrazione obbligata a non invadere le altrui sfere giuridiche; il diritto di resistenza sarebbe il *correlatum* di tale obbligo”; di avviso del tutto diverso si mostra M. S. Giannini, *diritto amministrativo*, già *cit.*, p. 834 e ss., ove l’illustre A. rifiuta la categoria di resistenza passiva asserendo che “il concetto di resistenza passiva *omissis* non è accettabile, se non altro perché l’inadempimento di obblighi non è resistenza passiva, ma è qualcosa di meno, ossia è solo inadempimento (anzi, non è neppure non collaborazione, come alcuni vorrebbero, sulla base di un principio – di cui non v’è traccia nel diritto positivo – di collaborazione del privato all’esecuzione dei provvedimenti amministrativi)”.

modalità attuative, si ripartisce in resistenza passiva in senso improprio, in senso proprio ed in resistenza attiva³¹⁹.

Quanto alla prima, si sostanzia in una mera inottemperanza al provvedimento che, pertanto, non viene eseguito attraverso un contegno inerte. La resistenza passiva in senso proprio fa, viceversa, riferimento ad un comportamento passivo del privato diretto ad impedire l'esecuzione del precetto ritenuto invalido (l'esempio classico è quello del soggetto che si sdrai sul selciato di una strada per impedire l'ingresso dei mezzi meccanici nel proprio fondo); da ultimo, la resistenza attiva fa riferimento ad un comportamento commissivo volto a contrastare attivamente l'esecuzione forzata intentata dall'Amministrazione agente; tale forma di resistenza si ritiene essere non legittima, in quanto ricompresa nella fattispecie sanzionata dal codice penale dagli artt. 337 (rubricato: resistenza a pubblico ufficiale) e 392 (rubricato: esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose), salvo il caso in cui si sia in presenza di atti arbitrari ex art. 4 del d.lgs. lgt. 14 settembre 1944 n. 288 commessi da un pubblico ufficiale.

Ai fini del presente lavoro è certamente più interessante far riferimento all'autotutela (privata) in senso improprio, stante quanto si è detto sulla resistenza attiva ed avendo riguardo alla circostanza che l'autotutela in senso proprio è facilmente superabile, da parte della pubblica amministrazione, con l'impiego della forza pubblica.

³¹⁹ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 339.

Ora, la possibilità che un privato si avvalga dell'autotutela in senso improprio deve essere coordinata con il disposto dell'art. 650 del codice penale, che sanziona con una contravvenzione la condotta di chiunque non dia esecuzione ad un ordine "legalmente dato", seppur in talune specifiche materie. E' palese che la disposizione ora menzionata deferisce al privato la valutazione sulla validità del provvedimento, devolvendo a costui i rischi di un'errata valutazione in tal senso. Peraltro, il disposto penalistico non fa riferimento alla tipologia di invalidità; tant'è che pare maggiormente aderente al sistema sanzionare una inottemperanza ad un provvedimento annullabile, perché immediatamente esecutivo, che non ad un provvedimento nullo, che tale caratteristica non ha.

Su questa linea, quindi, si ritiene che la semplice inottemperanza al provvedimento nullo sia pienamente in linea, tanto con l'ordinamento penalistico, quanto con le qualità intrinseche dell'atto nullo, che finora si sono delineate. Tuttavia, non si possono sottovalutare alcune circostanze. Si è fin qui detto che una delle caratteristiche del provvedimento che presenti deficit strutturali è l'immediata riconoscibilità. In sostanza, la mancanza di un elemento non dovrebbe comportare, per un collegio giudicante, come per un privato, un corposo lavoro istruttorio o interpretativo. Indubbiamente, in casi come la carenza di soggetto, di forma o di volontà la mancanza risulterà quantomai visibile. Qualche problema potrà sorgere nel caso di carenza nell'oggetto, o meglio allorquando una patologia dell'oggetto sia interpretata, dal

privato inciso, come una mancanza dell'elemento essenziale. In tali casi, non pare possa operarsi legittimamente una resistenza passiva, in quanto la patologia provvedimentoale sarebbe da ricondursi all'annullabilità, con l'ipotetica operatività anche dell'art. 650 del codice penale.

Nonostante quanto si è rilevato, non si ci può esimere dal considerare che la giurisprudenza che finora si è andata sedimentando (seppur con le difficoltà rilevate), in tema di nullità strutturale del provvedimento, molto spesso è stata restia (anche a giusta ragione) a dichiarare la nullità di un provvedimento, interpretando il vizio censurato come motivo di annullabilità e non di nullità. In virtù di ciò, l'autotutela privata, così come descritta, si pone come un'attività che presenta una forte incidenza di rischio in capo al privato.

Da ultimo, pare opportuno precisare che, anche l'autotutela privata ben si presta ad essere operata nel campo delle nullità testuali o anche nel campo nelle nullità per difetto assoluto di attribuzione o per violazione od elusione del giudicato, perché fattispecie che più facilmente possono essere portate ad esecuzione (seppur in via di fatto); nel caso della nullità strutturale, come già visto, spesso il provvedimento, oltre che invalido, si presenterà come ineseguibile (si pensi alla mancanza di oggetto o di volontà), ciò comportando una sostanziale inoperatività, o meglio non proficuità, dell'attività di autotutela privata.

CONCLUSIONI

Giunti al termine di questa ricostruzione del fenomeno della nullità del provvedimento amministrativo per mancanza degli elementi essenziali, la speranza non può che essere quella di aver rispettato le consegne iniziali.

L'intendimento di non voler percorrere la via (comunque non facile) della stesura di un piccolo manuale della nullità strutturale, ma di dare rilievo alle questioni nodali che orbitano intorno alla sfera di tale vizio provvedimentale, è stato perseguito fin da subito. Non può negarsi che taluni aspetti non sono stati ricompresi nella trattazione, tuttavia si è cercato di fornire tutti gli strumenti utili per comprendere l'istituto e per sostenere le prese di posizione fatte proprie nel corpo del lavoro e da cui, probabilmente, non si sarebbe potuto prescindere, stante la natura di tesi di dottorato dello stesso.

Le tematiche affrontate sono state indubbiamente numerose, solo per citarne alcune: il posizionamento della nullità strutturale all'interno delle teorie del provvedimento, la ricerca degli elementi essenziali, il problema del rapporto tra nullità ed inesistenza, il nodo della illiceità, il rapporto tra struttura e funzione, la questione giurisdizionale, la plausibilità dell'azione dichiarativa, l'autotutela sul provvedimento nullo strutturalmente ed altri importanti rilievi. Affrontando tali questioni si è cercato di rispondere a domande che erano (e sono) figlie di una tecnica legislativo-

redazionale discutibile (il riferimento è alla legge n. 15 del 2005).

A ben vedere, e più nello specifico, si è potuto osservare come l'inquadramento (o forse meglio, l'incardinamento) dell'istituto della nullità strutturale nell'ordinamento amministrativo soffra le difficoltà proprie di qualsivoglia istituto di nuova introduzione, per giunta fatto oggetto di non accurata definizione da parte del legislatore.

Proprio tale deficienza segna il tratto caratteristico, come più volte si è avuto modo di sottolineare, della nullità per mancanza degli elementi essenziali. Il ricorso a schemi propri del diritto privato è, conseguentemente, l'unico modo per consentire l'operatività dell'istituto. Tant'è che una delle domande più significative, che nel corpo della tesi si ci è posti, fa riferimento proprio alla disciplina applicabile al provvedimento carente di un elemento essenziale. Si è cercato, quindi, di operare una sorta di ponte ideale tra diritto amministrativo e diritto civile e si è provveduto a selezionare i contenuti civilistici che sarebbero potuti (come possono) entrare nell'ambito pubblicistico per dare una dimensione equilibrata alla nullità strutturale. In tal modo, pare che "il sistema regga", ovvero che la nullità strutturale riesca a ritagliarsi un proprio spazio (di disciplina di ipotesi comunque rare, perché particolarmente gravi) che non crei momenti di ambiguità con il più usuale fenomeno dell'annullabilità.

Tuttavia, questo non è argomento nuovo. Anche prima della riforma del 2005, la giurisprudenza ha fatto leva sul

codice civile, nelle poche circostanze in cui ha avuto modo di trattare della nullità (che, generalmente, si presentava come testuale). Ad oggi, il ricorso alla dimensione civilistica della nullità (meglio strutturata) si atteggia come generalizzato, stante l'introduzione dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990.

Nel corso della pagine precedenti si è messo in luce il *quantum* di disciplina privatistica sia trasponibile nell'ambito amministrativo, senza creare eccessivi traumi³²⁰.

Pur non volendo riprodurre l'intero contenuto delle argomentazioni ivi trattate, non si ci può esimere dall'osservare come permangono dubbi sull'uso indiscriminato della fonte civilistica nella disciplina del provvedimento nullo perché mancante di un elemento essenziale. Si è, infatti, messo in luce come l'art. 1418 del codice civile, pur dovendo essere il naturale punto di riferimento per la carente disciplina provvedimentale della nullità strutturale, non possa costituire un rimando continuo ed indiscriminato. Si è ragionato, pertanto, intorno alle ragioni di ordine sistematico, logico e ricostruttivo che depongono per l'uso moderato dell'art. 1418 del codice civile nel limitato ambito della nullità strutturale di cui all'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990. Alcune di queste ragioni, fatte proprie nel presente lavoro e che si è cercato di argomentare meglio possibile, possono rinvenirsi

³²⁰ L. Alesiani, *op. cit.*, ove l'A. osserva che “il rischio è che l'aver mutuato le categorie dal diritto civile, senza la previsione degli opportuni accorgimenti, impedisca l'utilizzo di quegli accorgimenti che pure esistono nel diritto civile, ma che evidentemente non paiono facilmente *adattabili* al diritto amministrativo: la non corretta sovrapposizione di sistemi diversi, retti da principi diversi, genera aporie difficilmente risolvibili”.

nella diversa collocazione dell'illiceità nel mondo del diritto amministrativo, nella diversa accezione che qualifica l'oggetto provvedimento rispetto a quello contrattuale e, pertanto, nel diverso trattamento delle ipotesi di impossibilità, indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto nell'ambito provvedimento.

In termini più generali, nel corpo della tesi, si è potuto rilevare come, nonostante la nullità strutturale sia residuale³²¹ (si è visto anche come ciò, sostanzialmente, sia un bene, stante l'incapacità del provvedimento nullo a perseguire il pubblico interesse), abbia creato in dottrina un forte fermento ed una congerie di teorie, relative tanto all'aspetto sostanziale quanto all'aspetto processuale.

Lo sforzo ricostruttivo degli autori che si sono cimentati nella definizione dell'istituto ha certamente contribuito ad una riflessione sulla consistenza e sulla effettiva praticabilità della nullità strutturale nell'ordinamento; tali riflessioni, precedentemente al 2005, erano fortemente condizionate dai sostanziali scarsi riferimenti normativi (che si limitavano alle nullità testuali) e dalla scarsa frequenza del fenomeno della nullità nella pratica giudiziale e nelle prassi amministrative.

Successivamente al 2005, si crede di poter dire che il contributo della dottrina sia stato determinante per cercare di donare alla nullità strutturale la sua giusta dimensione.

³²¹ V. Azzoni, *la nullità del provvedimento tributario alla luce della l. 11 febbraio 2005 n. 15, in fisco*, n. 13 del 2006, p. 1932, ove l'A. definisce "situazioni estreme, quelle provocate dalla mancanza di elementi essenziali: che si tenderebbe a definire accademiche e di scuola se non fossero talora beffardamente capaci di inverarsi".

Pervero, non è possibile, ad oggi, dichiarare il lavoro terminato, non foss'altro che (soprattutto in dottrina) ancora non sussiste una voce univoca in merito all'elencazione degli elementi essenziali del provvedimento, a fronte del palese deficit normativo.

Discorso diverso fa fatto per l'opera che in questi anni post riforma ha approntato la giurisprudenza. Si rinviene, infatti, in questa una certa univocità, anche se non assoluta, nell'elencazione degli elementi essenziali. Indubbiamente, in tale contesto, la netta presa di posizione da parte del Consiglio di Stato nel senso della non intromissione, all'interno dell'enumerazione degli elementi essenziali, della causa ha fornito un utile chiarimento che la dottrina non aveva (e non ha) ancora fornito, (pur non dimenticando che molte pronunce continuano ad utilizzare la “magmatica” formula degli “elementi essenziali che *ex lege* costituiscono il provvedimento”)³²². Altrettanto chiaramente, poi, l'opera pretoria si è distinta particolarmente per aver affrontato in maniera chiara, salvo le titubanze iniziali di cui si è dato atto, il problema del trattamento processuale dell'atto nullo (dal punto di vista strutturale e non).

Rilevato ciò, non può, però, dirsi che l'apporto della giurisprudenza sia stato risolutivo di tutte le questioni; infatti, a ben vedere, sarebbe poco rispondente al vero affermare che esista una giurisprudenza consolidata sulle questioni che la nullità strutturale pone. Ciò è quanto mai evidente sulla base di una semplice constatazione, ovvero la

³²² Su tutte, Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2007 n. 2273; sentenza Tar Lazio, sez. II ter, n. 9405 del 2007.

scarsità delle pronunce del giudice amministrativo di primo grado ed, ancor più, del Consiglio di Stato.

Come si è avuto modo di rilevare nei capitoli precedenti certamente esistono degli indirizzi pretori che, con il trascorrere del tempo, tenderanno a consolidarsi, tuttavia non può, ad oggi, parlarsi di orientamento univoco.

Di tutto ciò, dibattito in dottrina e linee ancora da definire in giurisprudenza, ne risente l'inquadramento dell'istituto e la sua normale operatività.

A tal punto, non può che formularsi un auspicio, ovvero che la giurisprudenza amministrativa, nella sua ordinaria veste di organo di assestamento del diritto, dia ancora una volta coordinate certe. D'altro canto, il supremo consesso amministrativo non sarebbe nuovo a operazioni di tal genere in tema di nullità. Con le Adunanze Plenarie avutesi nel corso del 1992, infatti, per la prima volta l'esatta qualificazione della nullità provvedimento è stata fatta oggetto di specifica presa di posizione, con la quale si è chiarito come tale invalidità non andasse intesa in senso atecnico, specularmente a quanto fino ad allora si era fatto, ovvero come una sorta di annullabilità non ben definita, ma andasse qualificata come una categoria di invalidità a sé stante ed avente natura più grave della semplice annullabilità.

Tali pronunce hanno certamente contribuito all'ingresso ufficiale della categoria della nullità provvedimento nella considerazione degli operatori e dei fruitori del diritto. Ad oggi, sarebbe auspicabile un altro passo in avanti da parte

della giurisprudenza, stante l'introduzione della categoria della nullità in termini generali.

Non è chi non veda, infatti, come sia forte l'esigenza di cristallizzare la disciplina della nullità strutturale, anche perché il rischio incombente è sempre quello relativo alle ripercussioni processuali di tale fenomeno. In sostanza, la necessità di una chiara presa di posizione da parte della giurisprudenza si spiega alla luce della circostanza che la "fumosità" (si passi il termine) che avvolge l'istituto de quo può incidere sull'elusione del termine processuale. Sarebbe opportuno, pertanto, che gli organi della giustizia amministrativa prendessero posizione sul concetto di mancanza dell'elemento essenziale (e non solo), auspicabilmente in adesione con quanto si è detto nelle pagine precedenti, pena il tramutamento di ipotesi di annullabilità in ipotesi di nullità strutturali (si ci riferisce alla più volte richiamata questione dell'illiceità).

L'incertezza dominante, poi, ha provocato, come necessario corollario, l'indagine riguardante proprio il limite esterno delle ipotesi di nullità strutturale, di cui pure si è dato atto.

Si è notato, quindi, come definizioni e caratterizzazioni, che nelle ipotesi dei vizi di legittimità sono pressoché certe e molto spesso non criticate, nei rilievi attinenti la nullità strutturale si fanno sfuggenti e particolarmente dibattute. Il compito che il lavoro ha affrontato è stato anche quello di cercare di effettuare una ricostruzione ragionata della disciplina che potesse fornire indicazioni sul trattamento sostanziale e processuale dell'istituto, se non in termini di

certezza, quantomeno in termini di soluzioni più conformi al sistema. Si spera che, da questo punto di vista, lo scritto possa rendere utili indicazioni, fornendo anche un ampio spettro delle discussioni che, soprattutto in dottrina, hanno animato il dibattito scientifico sulla questione trattata.

Inevitabilmente, permangono interrogativi ancora aperti (forse in numero superiori a quelli che hanno accompagnato il primo approccio alle vicende dalla nullità strutturale); il riferimento, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, è al rapporto di univocità o di biunivocità tra inefficacia e nullità (almeno in talune ipotesi, come nel caso di oggetto provvedimento impossibile o indeterminabile). Ad ogni buon conto, si è cercato di proporre chiavi di lettura plausibili o ricostruzioni ipotizzabili anche in tali casi.

Ciò posto, in attesa dell'intervento chiarificatore e di una più generale presa di posizione dell'Adunanza Plenaria (anche se, ad oggi, non si ha notizia di ordinanze di remissione in tal senso), le coordinate ermeneutiche che regoleranno l'istituto della nullità strutturale dovranno essere tratte dalle scarse pronunce del giudice amministrativo e dalla dottrina più equilibrata, che finora si è cimentata con l'argomento e che si è cercato di riprodurre in queste pagine.

BIBLIOGRAFIA

G. Aiello, *la nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, in www.giustizia-amministrativa.it;

A. Albanese, *violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003;

A. Albè, *la disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice amministrativo*, in *urbanistica e appalti*, n. 6 del 2004;

A. Albini, *le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953;

L. Alesiani, *la “codificazione” della nullità dell’atto amministrativo: alcune aporie sistematiche*, in *giurisprudenza italiana*, n. 5 del 2009;

R. Alessi, *intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934;

G. Alpa, *appunti sulla nozione di oggetto del contratto*, in *vita notarile*, 1981;

G. Alpa, *l’oggetto ed il contenuto*, in *vita notarile*, 1997, fasc. 2;

G. Alpa, A. Martini, voce *oggetto del negozio giuridico*, in *digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., Torino, 1995, XIII;

G. Alpa, A. Martini, *requisiti dell'oggetto secondo la disciplina codicistica*, in *trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *il contratto in generale*, t. III;

V. Azzoni, *la nullità del provvedimento tributario alla luce della l. 11 febbraio 2005 n. 15*, in *fisco*, n. 13 del 2006;

V. Azzoni, *nullità e annullabilità: la sanatoria tramite il processo*, in *nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, fasc. 16 del 2007;

M. Balloriani, *nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico tra privato e autorità: la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, collana "Il nuovo diritto amministrativo", Tomo II, Milano, 2005;

M. Balloriani, R. De Rosa, S. Mezzanotte, *diritto civile*, Milano, 2007, p. 506 e ss.;

L. Barbiera, *risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *contratti*, n. 8 del 2008;

A. Barenghi, *l'oggetto del contratto*, in *trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003;

G. Barone, *l'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it;

G. Barone, *l'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consigli per un uso ragionevole*, in www.giustamm.it;

A. Bartolini, *la nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002;

A. Bartolini, *considerazioni sulla natura dell'azione di nullità nel processo amministrativo*, come intervento alle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli, dal titolo "l'impugnabilità degli atti amministrativi", 2008, in www.giustamm.it;

A. Bartolini e L. Cesarini, *nullità dell'atto e responsabilità del dirigente*, in www.lexitalia.it o www.giust.it;

C. Bartolucci, *nota sulla definizione della causa del contratto*, in *giurisprudenza italiana*, n. 4 del 2008;

C. Bartolucci, *in tema di causa del contratto* (nota a Cass., sez. III civ., 24 luglio 2007, n. 16315), in *giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 4;

N. Bassi, *difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *foro amministrativo T.A.R.*, n. 2 del 2009;

C. Belfiore, *considerazioni su un negozio senza causa*, in *giurisprudenza di merito*, 2003, 5;

F. Benvenuti, *appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987;

F. Benvenuti, *voce autotutela*, in *enciclopedia del diritto*, Milano;

- E. Bergamo, *impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto derivante da atto amministrativo*, in *giurisprudenza italiana*, n. 4 del 2000;
- C. Bergeres, *la theorie de l'inexistence en droit communautaire*, in *rev. tr. dr. eur.*, 1989;
- F. Besozzi, *la causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *contratti*, n. 11 del 2007;
- E. Betti, *teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953;
- P. Bodda, *opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in *studi in onore di S. Romano*, II, Padova, 1940;
- P. Bodda, *aspetti della conversione dell'atto amministrativo illegittimo*, in *foro amministrativo*, anno 16°, 1940, fasc. 11-12, p. 138 (anche monografia);
- P. Bodda, *la conversione dell'atto amministrativo*, Milano, 1932;
- P. Bonfante, *il contratto e la causa del contratto*, in *rivista di diritto commerciale*, n. 1 del 1908;
- A. Bruno, C. Cannizzo, *nullità del provvedimento amministrativo*, in www.diritto.it;
- L. Busico, *la disapplicazione da parte del giudice amministrativo*, in *nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 7 del 2006;

C. Cacciavillani, *traslatio iudicii tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 4 del 2007;

F. Cammeo, *corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960;

F. Cammeo, *i vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *giurisprudenza italiana*, 1913;

R. Campagnolo, *il negozio giuridico con causa esterna fra causalità ed astrattezza*, in *obbligazioni e contratti*, n. 6 del 2007;

F. Cannada Bartoli, *l'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950;

C. A. Cannata, voce *oggetto del contratto*, in *enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979;

T. Capitanio, *nullità del provvedimento amministrativo*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, collana "Il nuovo diritto amministrativo", Tomo II, Milano, 2005;

R. Caponi, *azione di nullità (profili di teoria generale)*, in www.giustamm.it;

R. Caranta, *l'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990;

I. Carassale, *la nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *danno e responsabilità*, n. 1 del 2009;

A. Carbone, *prime annotazioni sull'ammissibilità dell'azione di mero accertamento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it;

F. Caringella, *corso di diritto amministrativo*, Milano, 2007;

F. Carnelutti, *inesistenza dell'atto giuridico?*, in *diritto processuale*, 1955;

P. Carpentieri, *nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *giustizia amministrativa*, n. 5 del 2007;

P. Carpentieri, *nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *giustizia amministrativa*, n. 5 del 2007;

D. Carusi, *illiceità del contratto e restituzioni*, in *rivista di diritto civile*, 2000;

D. Carusi, *la rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c. c.*, in *rivista di diritto civile*, 2003;

E. Casetta, *manuale di diritto amministrativo*, Milano, VII ed., 2005;

E. Casetta, *osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *rassegna di diritto pubblico*, n. 12 del 1952;

S. Cassese, *le basi costituzionali*, in *trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000;

B. Cavallo, *gli elementi del provvedimento amministrativo*, in *trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993;

B. Cavallo, *provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993;

R. Cavallo Perin, voce *validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino;

P. Cendon (a cura di), *i contratti in generale*, Torino, X, 2000;

A. Cerri, voce *resistenza (diritto di)*, in *enciclopedia giuridica*, XX – VI, 1991;

V. Cerulli Irelli, *corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001;

V. Cerulli Irelli, F. Lucani, *azione di nullità ed azione risarcitoria: brevi note*, in www.astrid-online.it;

R. Chieppa, *il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *giustizia amministrativa*, n. 6 del 2005;

G. Chiovenda, *principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1969;

P. Chirulli, *azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in www.giustamm.it;

P. Chirulli, *impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza conservativa e fermenti innovativi*, in *giustizia civile*, fasc. 2 del 2004;

A. Ciuffi, *giudicato sul silenzio e “nullità” del provvedimento successivo*, in www.giustamm.it;

M. Clarich, *il provvedimento amministrativo efficacia ed esecutorietà*, in *la disciplina generale dell’azione amministrativa* a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006;

M. Coccovillo, *la nullità del contratto d’opera per difetto di causa*, in *nuova giurisprudenza civile*, n. 3 del 2007;

A. Contieri, *le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità ed annullabilità degli atti*, in www.giustamm.it;

D. Corletto, *sulla nullità degli atti amministrativi*, in www.giustamm.it;

A. D. Cortesi, *interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*, in *urbanistica e appalti*, n. 11 del 2008;

F. Costantini, *nota in tema di nullità del contratto per indeterminatezza dell’oggetto*, in *giurisprudenza italiana*, n. 10 del 2007;

M. Crisafi e E. Tronfio, *le patologie contrattuali nullità, annullabilità e annullamento*, Torino, 2007;

F. Criscuolo, *la nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993;

G. D'Allura, *inesistenza e nullità dell'atto amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

G. D'Amico, *illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Marzio, Napoli, 2004;

G. D'Amico, *nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *contratti*, n. 7 del 2009;

G. D'Angelo, *nullità dell'atto “da reato” e giurisdizione nelle controversie su atti nulli*, in *urbanistica e appalti*, n. 4 del 2009;

L. D'Angelo, *nullità provvedimento e determinazione della giurisdizione: verifica del potere autoritativo in astratto o in concreto?*, in www.lexitalia.it;

L. D'Angelo, *l'improduttività di effetti del provvedimento amministrativi nullo*, in www.lexitalia.it;

S. De Felice, *della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it;

S. Delle Monache, *della irripetibilità delle prestazioni “ob turpem causam” nel sistema del diritto italiano*, in *rivista di diritto civile*, 2002;

P. De Lise, *lo statuto del provvedimento*, in www.giustamm.it, intervento al convegno sullo statuto del provvedimento amministrativo, promosso dalla SEPA, Scuola eugubina di pubblica amministrazione, svoltosi a Spoleto nei giorni 17 e 18 ottobre 2008;

M. Del Signore, *la disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 1 del 2008;

R. De Nictolis, *la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: casistica giurisprudenziale e normativa*, in *il riparto di giurisdizione*, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis, R. Garofoli, V. Poli, Milano, 2005;

D. Dell'Oro, *brevi note in tema di nullità-inesistenza del provvedimento amministrativo*, in www.lexitalia.it;

G. De Nova, *il contratto contrario a norme imperative*, in *rivista critica di diritto privato*, 1985;

G. De Nova, *norme imperative e autonomia negoziale*, in *rivista critica di diritto privato*, 1985;

G. De Nova, *voce conversione*, in *enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988;

A. De Valles, *la validità degli atti amministrativi*, Padova, 1916 (ristampa 1986);

V. Di Lello, *nullità del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in www.lexitalia.it;

A. Di Leo, *cambiale, promessa di pagamento e negozio contrario al buon costume*, in *diritto fallimentare*, n. 5 del 2001;

F. Di Marzio, *la nullità del contratto*, Padova, 2008;

M. Di Pumpo, *l'ordine pubblico economico e la nullità del contratto*, in www.diritto.net/content/view/819/7/;

M. D'Orsogna, *il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004;

G. Falcon, *la responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *diritto processuale amministrativo* n. 2 del 2009;

A. Falzea, *la condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941;

G. Fares, *l'invalidità del provvedimento amministrativo nella riforma amministrativa in itinere*, in *studium iuris*, n. 2 del 2005;

C. Feliziani, *la nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies l. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *il foro amministrativo C. d. S.*, n. 10 del 2008;

E. Ferrante, *causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *contratto e impresa*, n. 1 del 2009;

F. Ferrara, *teoria del negozio illecito*, Milano, 1914;

S. Ferrari, *inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XXII, 1958;

G. B. Ferri, *ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970;

G. B. Ferri, *operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico individuale del negozio giuridico*, in *diritto e giustizia*, 2008;

- G. B. Ferri, *il negozio giuridico*, Padova, 2001 e 2004;
- G. B. Ferri, *causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;
- G. B. Ferri, *equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2008, vol. 85, n. 2;
- G. B. Ferri, voce *ordine pubblico*, in *enciclopedia del diritto*, Milano;
- L. Ferroni, *le nullità negoziali, di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998;
- S. Fiega, *i nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo*, in *giornale di diritto amministrativo*, n. 2 del 2008;
- G. Figuera, *appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 4 del 2008;
- G. Filanti, *inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983;
- O. Forlenza, *sugli atti carenti di elementi essenziali il rebus della giurisdizione dei Tar*, in *guida al diritto*, n. 18 del 2008;
- P. Forte, *appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo*, in *la nuova disciplina dell'attività*

amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, a cura di G. C. di San Luca, Torino, 2005;

U. Forti, *i motivi e la causa negli atti amministrativi*, commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 30 luglio 1931, in *il foro italiano*, 1932;

C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *il nuovo procedimento amministrativo*, a cura di T. Tessaro, Rimini, 2005;

E. Gabrielli, *l'oggetto del contratto, commento sub artt. 1346 – 1349*, in *codice civile commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001;

E. Gabrielli, *l'oggetto del contratto*, Milano, 2001;

E. Gabrielli, *storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *rivista di diritto civile*, 2004;

E. Gaetani, *la nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del cosiddetto giudicato cautelare*, in *foro amministrativo TAR*, n. 11 del 2008;

A. Galati, *brevi osservazioni in tema di c.d. causa concreta del contratto*, in *giurisprudenza italiana*, n. 7 del 2009;

L. Galateria, M. Stipo, *manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1998;

F. Galgano, *l'ambito di applicazione delle norme sulla invalidità del contratto*, in *commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1998;

F. Galgano, *diritto civile e commerciale*, Padova, 2001, II, 1;

F. Galgano, *il contratto*, in *contratto e impresa*, n. 3 del 2007;

C. E. Gallo, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *urbanistica e appalti*, n. 2 del 2009;

A. Gaspari, *i poteri di disapplicazione del giudice amministrativo e dell'autorità amministrativa tra il nuovo e l'antico*, in www.lexitalia.it;

F. Gazzoni, *manuale di diritto privato*, Napoli, 2001;

V. Gerghi, *inammissibilità della conversione del provvedimento amministrativo*, in *nuova rassegna*, 1992;

G. Ghetti, voce *conversione dell'atto amministrativo*, in *digesto della discipline pubblicistiche*, Torino;

M. S. Giannini, voce *atto amministrativo*, in *enciclopedia del diritto*, Milano;

M. S. Giannini, *diritto amministrativo*, II, Milano, 1993;

M. S. Giannini, *il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 1939;

M. S. Giannini, *in tema di verbalizzazioni*, in *foro amministrativo*, 1960, I, 2;

M. S. Giannini, A. Piras, *giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970;

M. S. Giannini, *discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *rivista di diritto processuale*, XVIII, parte prima, 1963;

M. S. Giannini, *discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *rivista di diritto processuale*, XIX, parte seconda, 1964;

B. Gilberti, *profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *il foro amministrativo C.d.S.*, n. 5 del 2007;

M. Giorgianni, *la causa del negozio giuridico*, Milano, 1961;

R. Giovagnoli e M. Fratini, *le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, tomo II, Milano, 2007;

P. Grauso, *gli accordi della pubblica amministrazione*, Milano, 2007;

G. Greco, *l'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980;

G. Greco, *accordi amministrativi*, Torino, 2003;

R. Greco, *i nuovi profili della responsabilità dirigenziale nella legge 18 luglio 2009 n. 69*, in www.giustizia-amministrativa.it o anche in *la nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009 n. 69*, a cura di R. Garofoli, Roma, 2009;

A. Guarneri, *ordine pubblico*, in *digesto delle discipline privatistiche / Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995;

M. Immordino e 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 L. 241/1990*, in www.giustamm.it;

N. Irti, voce *oggetto del negozio giuridico*, in *novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1957;

A. Iunti, *lesione dell'affidamento e natura della responsabilità della P.A.*, in www.giustamm.it;

B. Izzi, *causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *giurisprudenza italiana*, n. 5 del 2008;

A. Lamorgese, *nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in www.giustamm.it o anche in *rivista di diritto processuale*, n. 1 del 2009;

G. Landi, G. Potenza, *manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1990;

L. Lanfranchi, *contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969;

M. Lo Monaco, *la disapplicazione dell'atto amministrativo in sede giurisdizionale ed amministrativa*, in www.lexitalia.it;

F. Luciani, *premesse allo studio dell'atto amministrativo nullo*, Roma, 2008;

R. Lucifredi, *diritto amministrativo*, Genova, 1973, II;

M.V. Lumetti, M. De Paolis, D. De Bellis, D. P. Borghini, *l'atto amministrativo – vizi di legittimità e nuove anomalie dopo la L. n. 15/2005*, Rimini, 2005;

D. Macrì, *la nullità del provvedimento amministrativo*, in *nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 3 del 2006;

S. Magra, *principio di conservazione del provvedimento amministrativo fra nullità, annullabilità e inesistenza*, in www.overlex.it;

M. L. Maddalena, *comportamenti amministrativi e nullità provvedimento: prospettive di tutela tra g.o. e g. a.*, in *diritto amministrativo*, n. 3 del 2007;

F. Maiolo, *il controllo sulla causa tra assenza e illiceità* (nota a trib. di Bergamo, 22 aprile 2008), in *la nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, fasc. 1, pt. 1;

A. Maltoni, *enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla P.A. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della legge 241/90*, in *giustizia amministrativa*, n. 2 del 2006;

L. Mannori, B. Sordi, *storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001;

N. Marchei, *ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *fam. pers. succ.*, n. 3 del 2009;

V. Mariconda, *l'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *corriere giuridico*, 2008, commento alla sentenza Cassazione, sez. unite, 19 dicembre 2007, n. 26724;

F. Marinelli, *la causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, in *giustizia civile*, 1995;

F. Marinelli, *gli itinerari del codice civile*, Padova, 2008;

B. G. Mattarella, *l'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000;

B. G. Mattarella, *la nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *giornale di diritto amministrativo*, n. 5 del 2005;

L. Mazzaroli, *sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 3 del 2006;

F. Merusi, *l'affidamento del cittadino*, Milano, 1970;

F. Merusi, M. Clarich, *art. 28*, in *rapporti civili - commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna – Roma, 1991;

S. Monticelli, *contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995;

G. Moschella, *il negozio contrario a norme imperative*, in *legislazione economica*, a cura di G. Visentini e G. Vassalli, 1798/79;

S. Murgia, *crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 2 del 1996;

V. Navarra, *la disapplicazione dei bandi di gara e del capitolato speciale e l'introduzione automatica delle clausole ex art. 1339 e 1419 c. c.*, in *giustizia civile*, fasc. 6 del 2004;

N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *la pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2006;

P. Patrito, *responsabilità dell'amministrazione e dei suoi funzionari: aspetti problematici del riparto di giurisdizione ed elemento soggettivo*, in *responsabilità civile e previdenza*, n. 10 del 2009;

L. R. Perfetti, *diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004;

V. Pescatore, *riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *obbligazioni e contratti*, n. 5 del 2006;

G. Piazza, *la convalida nel diritto privato*, Napoli, 1973;

A. Piras, voce *invalidità*, in *enciclopedia del diritto*, Milano;

P. Pirruccio, *la nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune*, in *giurisprudenza di merito*, 2005, 1;

S. Polidori, *discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino, 2001;

D. Ponte, *invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, Milano, 2006;

D. Ponte, *la nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007;

S. Puddu, *contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006;

M. Rabitti, *contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000;

M. Ragazzo, *l'autotutela amministrativa*, Milano, 2006;

S. Raimondi, *procedimento amministrativo e attualità dell'interesse a ricorrere*, intervento alle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli dal titolo "l'impugnabilità degli atti amministrativi", 2008, in www.giustamm.it;

I. Raiola, *traslatio iudicii e modalità di riassunzione del processo*, relazione tenuta al convegno ANMA di Siracusa sul tema "la codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte" in data 30 ottobre 2009, in www.giustizia-amministrativa.it;

M. Ramajoli, *nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, in www.giustamm.it ed anche, come intervento alle giornate di studio in onore di E. Cannada Bartoli – Certosa di Pontignano (SI) 22 – 23 giugno 2007, in *diritto processuale amministrativo*, n. 4 del 2007;

O. Ranelletti, *teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945;

M. A. Rella, *sulla nullità dell'ordinanza ingiunzione sottoscritta dal vice prefetto priva di delega espressa*, nota a sentenza giudice di pace di Trani, 9 novembre 2005, in *giurisprudenza di merito*, fasc. 6 del 2006;

F. Rimoldi, *la causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *contratti*, n. 7 del 2007;

F. Rolfi, *la causa come funzione economico sociale: tramonto di un idolum tribus?*, in *corriere giuridico*, n. 12 del 2006;

F. Rolfi, *sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in *corriere giuridico*, n. 1 del 2003;

A. Romano Tassone, *l'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in www.giustamm.it;

A. M. Romano, *nullità e giudice amministrativo: profili processuali e sostanziali*, in www.altalex.com;

A. Romano Tassone, *osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *annuario AIPDA 2002*, Milano;

V. Roppo, *il contratto*, Milano, 2001;

E. Russo, *norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *rivista di diritto civile*, 2001;

R. Sacco, voce *nullità ed annullabilità*, in Nss. D. I., vol XI, 1965;

R. Sacco, G. De Nova, *il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Id., Torino, 1993;

A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Napoli, 1962;

A. M. Sandulli, *i limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *rassegna di diritto pubblico*, 1949;

A. M. Sandulli, *manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, I;

F. G. Scoca, *la teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *diritto amministrativo*, n. 1 del 1995;

F. G. Scoca, *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 San Luca, Torino, 2005;

F. G. Scoca, *divagazione su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *diritto processuale amministrativo*, n. 1 del 2008;

R. Scognamiglio, *contratti in generale*, Bologna, 1970;

R. Senigaglia, *l'oggetto del contratto tra determinabilità e necessaria determinatezza*, commento a sentenza Tribunale

Milano, sez. V, 23 febbraio 2005, in *contratti*, n. 10 del 2005;

S. Sorrentino, *nota in tema di nullità del contratto per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto in ambito di compravendita immobiliare*, in *giurisprudenza italiana*, n. 3 del 2004;

M. R. Spasiano, *art. 21 septies, nullità del provvedimento, in la pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005;

P. Stella Richter, *per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988;

G. Stivali, *nota in materia di conversione del contratto nullo ex art. 1224 c. c.*, commento alla sentenza del tribunale di Casale Monferrato, 3 ottobre 2002, in *giurisprudenza italiana*, n. 12 del 2003;

L. Tarantino, *causa e provvedimento nella novellata l. n. 241 del 1990*, in www.rivista.ssef.it;

V. Tenore, *l'incidenza della nuova legge n. 214 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni (e su quella militare in particolare)*, Padova, 2006;

M. Tiberii, *la nullità e l'illecito, contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2003;

R. Tomei, *note in tema di nullità ed annullabilità*, in *rivista amministrativa della repubblica italiana*, fasc. 6 – 7, 1989;

- V. Trabucchi, voce *buon costume*, in *enciclopedia del diritto*, V, 1959, Milano;
- A. Travi, *la legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *corriere giuridico*, n. 4 del 2005;
- A. Travi, *lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005;
- D. F. G. Trebastoni, *la disapplicazione nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it;
- G. Tropea, *considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento nullo*, in www.giustamm.it;
- R. Vaccarella, *rilevabilità del difetto di giurisdizione e traslatio iudicii*, in *giurisprudenza italiana*, n. 2 del 2009;
- C. Varrone, *nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it;
- R. Villata e M. Ramajoli, *il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006;
- S. Vinti e D. Capotorto, *l'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008;
- P.M. Vipiana Perpetua, *gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003;
- P. Virga, *diritto amministrativo - atti e ricorsi*, Milano, 1992;

G. Zarro, *l'archetipo della nullità virtuale in diritto amministrativo*, in *il foro amministrativo T.A.R.*, n. 12 del 2007.

GIURISPRUDENZA RICHIAMATA

Sentenza Corte di Cassazione civile, 7 maggio 1955, n. 1299;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 20 dicembre 1958, n. 3937;

Sentenza Corte Costituzionale civile, 16 febbraio 1965, n. 9;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 18 aprile 1970, n. 1127;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 5 luglio 1971, n. 2091;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 1971, n. 705;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 28 gennaio 1972, n. 244;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 12 febbraio 1976, n. 464;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 29 aprile 1976, n. 1532;

Sentenza T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 26 aprile 1978, n. 182;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 16 novembre 1978, n. 5295;

Sentenza T.A.R. Campania, Napoli, 28 novembre 1978, n. 1030;

Sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, 10 febbraio 1979, n. 46;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 8 giugno 1979, n. 296;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 11 agosto 1980, n. 4921;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 11 ottobre 1980, n. 5451;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 1984, n. 261;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 23 marzo 1985, n. 2081;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 29 novembre 1986, n. 7081;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1903;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 28 marzo 1987, n. 3031;

Sentenza Corte di Cassazione, sez. lavoro, 12 agosto 1987, n. 6899;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 11 marzo 1988, n. 2398;

Sentenza Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana, 21 maggio 1990, n. 137;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 1992, n. 210;

Sentenza Consiglio di Stato, ad. pl., 29 febbraio 1992, n. 1;

Sentenza Consiglio di Stato, ad. pl., 29 febbraio 1992, n. 2;

Sentenza Consiglio di Stato, ad. pl., 5 marzo 1992, n. 5;

Sentenza Consiglio di Stato, ad. pl., 5 marzo 1992, n. 6;

Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 maggio 1992, n. 651;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 1993, n. 118;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 9 febbraio 1994, n. 1340;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 22 febbraio 1995, n. 1963;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 22 giugno 1995, n. 7079;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 1995, n. 1326;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 1997, n. 592;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. III, 26 maggio 1999, n. 5103;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 24 agosto 1999, n. 591;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 8 gennaio 2000, n. 123;

Ordinanza Corte Costituzionale, 21 aprile 2000, n. 117;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 5 luglio 2000, n. 3708;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 12 luglio 2000, n. 9235;

Sentenza T.A.R. Basilicata, Potenza, 20 aprile 2001, n. 291;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 12 luglio 2001, n. 9441;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 5 novembre 2001, n. 13628;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35;

Sentenza Corte di Cassazione civile, 14 gennaio 2003, n. 435;

Sentenza T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 22 gennaio 2002, n. 79;

Sentenza T.A.R. Campania, Napoli, 3 marzo 2004, n. 2624;

Sentenza Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 24 aprile 2003, n. 6516;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978;

Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 17 marzo 2005, n. 1942;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170;

Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 22 aprile 2005, n. 855;

Sentenza T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 luglio 2005, n. 1271;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 23 settembre 2005, n. 5013;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903;

Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre del 2005, n. 6023;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 11 gennaio 2006, n. 275;

Sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 20 febbraio 2006, n. 1007;

Sentenza Corte di Cassazione, sez. lavoro, 23 febbraio 2006, n. 4040;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 891;

Sentenza T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 29 marzo 2006, n. 3265;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 9 giugno 2006, n. 13431;

Sentenza T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 18 aprile 2006, n. 510;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490;

Sentenza Corte Costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12627;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3712;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4858;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 28 settembre 2006, n. 21058;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. II, 6 ottobre 2006, n. 21632;

Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3746;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6832;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 8 gennaio 2007, n. 89;

Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 12 gennaio 2007, n. 134;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 352;

Sentenza T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 2 febbraio 2007 n. 158;

Sentenza T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 7 febbraio 2007, n. 169;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109;

Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 9405 del 2007;

Sentenza Corte Costituzionale, 12 marzo 2007, n. 77;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. I, 19 marzo 2007, n. 6519;

Sentenza Corte Costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2007 n. 2273;

Sentenza T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 16 maggio 2007, n. 1364;

Sentenza T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 16 maggio 2007, n. 790;

Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. III ter, 7 agosto 2007, n. 7722;

Sentenza Commissione Tributaria della Provincia di Vicenza, sez. V, 23 maggio 2007, n. 46;

Sentenza T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 6 giugno 2007 n. 708;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173;

Sentenza T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 19 giugno 2007, n. 1045;

Sentenza T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 28 giugno 2007, n. 1133;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315;

Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 settembre 2007, n. 2128;

Sentenza T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 17 luglio 2007, n. 484;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1679;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 27 novembre 2007, n. 6049;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724;

Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 3618 del 2008;

Sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2008, n. 372;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008 n. 890;

Sentenza T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 marzo 2008, n. 609;

Sentenza T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 16 aprile 2008, n. 4239;

Sentenza T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 29 aprile 2008, n. 1043;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4304;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4522;

Sentenza Commissione Tributaria Provinciale di Torino, sez. XIII, 23 settembre 2008, n. 120;

Sentenza Corte di Cassazione civile, sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883;

Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 novembre 2008 n. 5456;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5809;

Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 29 gennaio 2009 n. 1010;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717;

Sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 febbraio 2009, n. 1337;

Sentenza T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 347;

Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2009, n. 1988;

Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2539;

Ordinanza Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 244;

Sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 novembre 2009, n. 5059;