

REMO CAPONI

Ordinario dell'Università di Firenze

Azione di nullità (profili di teoria generale) (*)

SOMMARIO: 1. Tra il mare e il nulla. – 2. Richiesta e sua messa a fuoco. – 3. Nozione intuitiva di teoria generale del diritto. – 4. Teoria generale ed ermeneutica giuridica. – 5. Nullità degli atti processuali civili e nullità dell'atto amministrativo. – 6. Transizione. – 7. Azione di nullità della legge. – 8. Dal diritto civile al diritto amministrativo. – 9. Norma – potere – effetto. – 10. Discrezionalità e autonomia privata. – 11. Autonomia privata «conformata» : l'esempio dell'art. 41 Cost. – 12. Nullità di protezione. – 13. Dal diritto amministrativo al diritto civile. – 14. Autonomia privata conformata come specie di discrezionalità. – 15. Crisi della teoria della fattispecie. – 16. Ascesa del potere giuridico. – 17. Teoria della fattispecie e dinamica dei poteri. – 18. Nozione giuridica di attività e «oltrepassamento» della fattispecie. – 19. Cenni storici: nullità nell'esperienza giuridica romana. – 20. *Segue*: nel diritto comune. – 21. *Segue*: nell'Ottocento tedesco. – 22. *Segue*: incontro tra azione di nullità e mero accertamento. – 23. *Segue*: nel codice civile italiano del 1942. – 24. Teoria della nullità. – 25. Nullità e annullabilità. – 26. Nullità ed esecuzione del contratto. – 27. Profili processuali: limiti oggettivi del giudicato. – 28. *Segue*: *excursus* sull'impugnazione del licenziamento. – 29. Aspetto dichiarativo e aspetto precettivo del giudicato. – 30. Rilevabilità d'ufficio. – 31. Legittimazione ad agire. – 32. Conclusioni (che ancora non ci sono).

(*) Il saggio ha costituito la base della relazione introduttiva alle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli (*L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, Siena, 22-23 giugno 2007). È stata parzialmente mantenuta la forma orale di esposizione, con l'aggiunta dell'apparato di note a piè di pagina.

[*Testo non definitivo*]

1. – All’inizio del percorso di ricerca che lo porta verso un territorio inesplorato, lo studioso si trova frequentemente ad oscillare tra il mare di problemi, che egli non può dominare nemmeno con lo sguardo, e il nulla, cioè l’assenza di un problema che meriti effettivamente di essere approfondito. Questa sensazione non gli dà pace, poiché anticipa la percezione di un imminente fallimento.

Nell’affidarmi la trattazione di un tema così impegnativo, gli organizzatori del convegno hanno riposto in me una fiducia eccessiva. Il titolo di questa relazione risveglia nell’uditorio notevoli aspettative, destinate a rimanere parzialmente deluse.

Tuttavia non sono le deficienze delle proprie qualità scientifiche che lo studioso deve tematizzare, se ha deciso di raccogliere la sfida.

Innanzitutto egli deve cercare di interpretare la richiesta che gli è stata rivolta, precisandone il contenuto.

2. - Come sempre accade in un’opera di interpretazione, non si tratta di individuare il significato che un enunciato linguistico (questa volta in forma di richiesta) reca con sé in modo compiuto, *a priori*, e che si presta solo ad essere esattamente osservato dal suo destinatario. Quest’ultimo è invece chiamato a svolgere un’opera di intermediazione di senso, attraverso il proprio bagaglio di esperienze culturali, fra l’enunciato astratto e la concretezza storica del problema che egli ha di fronte.

Da questa prospettiva, il senso fondamentale dell’invito non è difficile da cogliere. Lo sorregge l’idea che una riflessione di teoria generale sull’azione di nullità, svolta da uno studioso del processo civile, contribuisca ad individuare almeno qualche elemento della cornice concettuale, entro la quale gli studiosi di diritto amministrativo possano poi impostare i problemi di disciplina normativa suscitati dalla iniziativa di un soggetto tesa a far dichiarare la nullità di un atto amministrativo.

Già nella fase di avvio della riflessione, merita di essere segnalato che la l. 11 febbraio 2005, n. 15, nel recare modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (norme generali sull’azione amministrativa), ha introdotto l’art. 21-septies, intitolato alla nullità del provvedimento ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per studiare la nuova disciplina si sono potuti consultare i seguenti contributi: BALLORIANI, *Nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico*

[Testo non definitivo]

Cerchiamo di mettere a fuoco gli elementi fondamentali di questa proposta, così come appena riferita, e così di delineare con maggiore nitidezza i confini del compito che è stato assegnato.

Da un punto di vista pratico si deve prendere in considerazione per prima la circostanza che tre relatori siano stati chiamati ad esaminare successivamente tutti i salienti profili di disciplina processuale della nullità dell'atto amministrativo.

Ciò impone a chi deve svolgere la relazione introduttiva, o meglio preliminarmente, di non entrare nel merito di questi profili, anche se ciò non lo esonera dal tenerli mentalmente presenti, nello svolgere il proprio discorso.

Si palesa così però, in modo piuttosto concreto, quel rischio di oscillare tra il mare e il nulla, che instilla nello studioso il dubbio circa l'utilità delle proprie ricerche.

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*, Milano, 2005, p. 841 ss.; CAPITANIO, *Nullità del provvedimento amministrativo*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., p. 771 ss.; CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 4a ed., II, Milano, 2005, p. 1721 ss.; CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino, 2005, p. 25 ss.; CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*; DE FELICE, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 869 ss., p. 917 ss.; MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 543 ss.; PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in corso di pubblicazione negli *Aggiornamenti della Enc. del Diritto*, Milano; PONTE, *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della l. n. 15/2005*, Milano, 2006; SPASIANO, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., p. 551 ss.; VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, *www.giustamm.it*; VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da Scoca, Roversi Monaco e Morbidelli, Torino, 2006, p. 303 ss.

Ovviamente la ricostruzione del problema non può prescindere dallo studio dei contributi della letteratura formatasi anteriormente alla modifica legislativa, tra i quali si sono consultati: BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2a ed., Padova, 1983, p. 375 ss.; CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, rist. dell'edizione del 1916, Padova, 1986; D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, terza ed., II, p. 299 ss.; ID., *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 ss.; ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; ID., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993, p. 1117 ss.; SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, p. 3 ss.; ID., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubblico*, 1948, p. 125 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, 15a ed., Napoli, 1989; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 8a ed., I, Milano, 1958, p. 302 ss.

[*Testo non definitivo*]

Neutralizzare il rischio in questo caso non è semplice e richiede una serie di pazienti passaggi concettuali.

3. - Postuliamo in prima approssimazione una nozione intuitiva, quasi ingenua e irriflessa, di teoria generale del diritto. Assumiamo cioè che un discorso di teoria generale abbia ad oggetto i concetti giuridici a prescindere dal loro impiego in una determinata parte del diritto.

Si deve innanzitutto spiegare perché il tema sia stato allora affidato ad uno studioso di una particolare branca del diritto, come il diritto processuale civile, e non ad un teorico generale o ad un filosofo del diritto.

Una prima spiegazione, che indubbiamente coglie parzialmente nel segno, consiste nel ritenere che proprio la qualità del relatore di studioso del processo civile abbia orientato la scelta. L'attenzione si indirizza non già verso il discorso del teorico generale, bensì verso il discorso del processualcivilista, sull'azione di nullità.

Senonché questa spiegazione solleva almeno due interrogativi. Perché il titolo della relazione non suona allora: «l'azione di nullità (profili di diritto processuale civile)»? E poi: quali sono i profili di diritto processuale civile dell'azione di nullità che interessano gli studiosi di diritto amministrativo chiamati a confrontarsi con i problemi sollevati dal nuovo art. 21-septies della l. n. 241 del 1990?

Alla risposta a queste domande sono dedicati i prossimi paragrafi.

4. - In primo luogo, non è possibile separare la teoria generale dalla filosofia del diritto ⁽²⁾. In altri termini, non è possibile separare la riflessione di teoria generale del diritto dalla particolare concezione del diritto di cui è interprete il giurista che svolge questa riflessione, nonché quindi dalla individuazione e dalla fondazione del suo metodo di lavoro.

Ciò si traduce in un invito perentorio, diretto a chi intende svolgere una riflessione di teoria del diritto, a palesare dapprima la concezione del diritto che lo orienta.

⁽²⁾ Così, JORI, PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, p. VII: «la teoria generale dei soli giuristi che vorrebbe essere scevra da filosofia, è in realtà una metodologia difensiva di quegli studiosi di diritto positivo che vogliono evitare i problemi di individuazione e fondazione del proprio metodo».

[*Testo non definitivo*]

La concezione del diritto da cui muovo è ermeneutica. Prima che concetto logico (secondo il modello dogmatico tradizione), prima che proposizione linguistica (secondo il modello della teoria analitica), il diritto è interpretazione (3). Nella prassi interpretativa il giurista apprende qualcosa come diritto o come appartenente al diritto (4). Se non è possibile isolare la conoscenza teorica del significato di un testo normativo rispetto alla sua applicazione al caso concreto, è opportuno adeguare a questa impostazione anche il modo di essere e la funzione delle riflessioni di teoria generale del diritto.

L'approccio teorico generale non può risolversi in una analisi logica dei concetti fondamentali del diritto, svolta essenzialmente in funzione descrittiva. Piuttosto tale approccio deve procedere in modo induttivo dalla ricognizione del problema pratico di disciplina in un settore particolare del diritto e cogliere le aspettative di senso riposte nella richiesta di intervento indirizzate ad una riflessione teorico giuridica generale. Quest'ultima consiste in un'opera di mediazione tra la concretezza storica del problema e del particolare settore normativo di riferimento e altri settori del sistema giuridico, che possono somministrare elementi di riflessione, da impiegare nella successiva e distinta opera interpretativa e ricostruttiva.

Non si tratta di una forma di *analogia iuris* diretta a colmare lacune. Il profilo di teoria del diritto offre piuttosto un punto di vista esterno dialogante con i soggetti coinvolti nella situazione concreta. Esso costituisce una specie di interfaccia selettiva di conoscenze provenienti da livelli ulteriori del sistema giuridico, un polmone aperto per attivare una feconda circolazione di idee con altri settori dell'ordinamento, in una prospettiva operativa e non semplicemente teorico descrittiva.

Anche la scelta del profilo scientifico del giurista chiamato ad aprire questa valvola di conoscenze è, in questo contesto, indice di una determinata aspettativa di senso. L'approccio di teoria del diritto *de quo* ha certamente un modo di essere ed una funzione diversi dalla teoria generale normalmente svolta dai teorici e dai filosofi del diritto nell'esperienza italiana (5).

(3) Cfr. VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari, 1999, p. 422.

(4) Cfr. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in *Ermeneutica e filosofia analitica*, a cura di Jori, Torino, 1994.

(5) Significativo ci pare comunque che alla teoria generale del diritto «dei teorici del diritto» sia stato ascritto il compito di disciplina di frontiera che

[*Testo non definitivo*]

Della riflessione sono investiti in primo luogo i «giuristi di diritto positivo». Del resto, se la scienza giuridica è teoria della prassi interpretativa, chi potrebbe svolgere tale riflessione meglio del giurista di diritto positivo, che riesca ad oggettivare le condizioni dei propri giudizi?

D'altra parte, anche la distinzione tra teorico del diritto e giurista di diritto positivo è il riflesso della ripartizione del sapere giuridico all'interno dei settori scientifico-disciplinari e ne condivide il carattere artificioso.

I settori possono avere un ruolo nel gestire - in modo più o meno apprezzabile - la vita universitaria sotto il profilo organizzativo, ma non devono contribuire ad erigere quelle vere e proprie barriere mentali, che invece condizionano così pesantemente in Italia le ricerche e lo stesso modo di ragionare degli studiosi, e dei giuristi in particolare (6).

5. - Iniziamo a questo punto l'opera di intermediazione tra il problema pratico di disciplina dell'azione di nullità del provvedimento amministrativo e altri settori del sistema giuridico, che possono somministrare elementi di riflessione.

Nella prospettiva di uno studioso del processo civile attento essenzialmente al funzionamento interno del processo, la prima categoria di atti che vengono in considerazione sono gli atti processuali e la relativa disciplina delle nullità, con particolare riguardo alla sentenza (art. 156 ss. c.p.c.).

La scelta potrebbe invocare in proprio favore una notevole tradizione storica, quella stessa su cui si è perfezionata l'autonomia disciplinare del diritto amministrativo. Subito dopo aver dato la sua celebre definizione di atto amministrativo, Otto Mayer soggiunge: «il suo modello è la sentenza giurisdizionale» (7).

verifica la rilevanza per la scienza giuridica di informazioni provenienti da scienze vicine. Così, DREIER, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975, p. 21, ove si richiama la posizione del teorico del diritto svedese Ivar Agge.

(6) Si è già ricordato in altre occasioni che in Germania gli studiosi di regola non svolgono ricerche ed insegnano solo in una sola «materia». Ogni studioso e docente universitario è impegnato contemporaneamente su più fronti disciplinari e ciò gli dà potenzialmente quella apertura mentale, quella capacità di cogliere i fenomeni giuridici come sono nella realtà, nella pluralità delle loro dimensioni.

(7) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, ristampa della 3a ed. del 1924, I, Berlin, 2004, p. 93. Sul punto vedi la ricostruzione di SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Milano, 1987, p. 123 ss.

[*Testo non definitivo*]

Ci si domanda pertanto se possa essere utile ai nostri fini tenere conto di quelle linee di pensiero che avevano tentato di elaborare una teoria unitaria degli atti giurisdizionali e amministrativi ⁽⁸⁾, ovvero che avevano imboccato la strada di una giurisdizionalizzazione dell'atto amministrativo ⁽⁹⁾. Questa prospettiva potrebbe trovare sostegno nell'orientamento che ha riproposto recentemente una riflessione comparata sull'autorità degli atti dei pubblici poteri ⁽¹⁰⁾.

La risposta è negativa, ma deve essere argomentata.

Dipende dall'apertura grandangolare dell'obiettivo, o dall'altezza dalla quale scegliamo di mettere a fuoco i contorni della situazione in cui la Pubblica amministrazione emana un provvedimento nullo e il cittadino agisce per farne dichiarare la nullità.

Da una notevole altezza si vede solo un soggetto che, investito di un pubblico potere, all'esito di una sequenza procedimentale, ne compie un atto finale di esercizio difforme dal paradigma normativo e pertanto nullo.

L'immagine è in effetti paragonabile a quella del giudice che emette una sentenza nulla.

La comunanza della forma procedimentale di esercizio del potere amministrativo e del potere giurisdizionale hanno una comune base storica nell'Europa continentale. Essa è offerta dal rafforzamento dell'assolutismo monarchico dei secoli XVI e XVII, dal conseguente progressivo dominio assunto sull'apparato dello Stato dalle burocrazie centralizzate e infine dalla burocratizzazione della stessa funzione giudiziaria ⁽¹¹⁾. Questa è infatti la sorgente storica di quel prodotto concettuale della razionalizzazione dell'esercizio del pubblico potere, in quanto potere burocraticamente organizzato, che sarà costituito dalla categoria del procedimento, come sequenza di atti preordinati all'emanazione

⁽⁸⁾ Cfr. W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908.

⁽⁹⁾ Cfr. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886; MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft: entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923. Su queste linee di pensiero, v. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. del Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 157 ss., p. 160.

⁽¹⁰⁾ Cfr. nella letteratura italiana, LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935; di recente ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Diritto e società*, 1991, p. 51 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, p. 75; DENTI, *Processo*, in *Enc. scienze sociali*, VII, Roma, 1997, p. 21 ss.

[*Testo non definitivo*]

della decisione del pubblico funzionario, e quindi anche del giudice⁽¹²⁾.

La nozione di procedimento, come modo di inquadrare giuridicamente la struttura del processo giurisdizionale, si contrappone con successo, almeno nella cultura processuale italiana del XX secolo⁽¹³⁾, al concetto di rapporto giuridico, che invece predomina ancora oggi nella dottrina tedesca⁽¹⁴⁾. La nozione di procedimento si presta ad esprimere in modo migliore il peso degli interessi pubblici immanenti al processo civile per il carattere statutale della giurisdizione. Tali interessi sono protetti dagli obblighi in capo al giudice che si inseriscono nella sequenza processuale, ma che hanno la loro fonte in un rapporto di diritto pubblico esterno al processo: un profilo che la dottrina del rapporto giuridico processuale difficilmente può inquadrare⁽¹⁵⁾.

Se però scendiamo ad una quota minore, il paesaggio disegnato rispettivamente dalla disciplina dei rimedi avverso l'invalidità degli atti amministrativi e dal regime della nullità degli atti processuali si popola di tratti strutturali e funzionali che sono reciprocamente sconosciuti ai due settori.

In primo luogo, la disciplina dell'invalidità dell'atto amministrativo è impostata su un regime binario di rimedi, mentre nel processo civile il regime è unitario ed è quello della nullità (tendenzialmente sostituito nei gradi di impugnazione dalla previsione delle figure della inammissibilità e della improcedibilità).

La categoria della nullità dell'atto amministrativo si è progressivamente profilata come forma di reazione, nei confronti dell'illegittimità dell'azione amministrativa, più intensa del tradizionale rimedio dell'annullamento impostato sulla triade di vizi (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge)⁽¹⁶⁾, che invece ha subito un ridimensionamento nel nuovo art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990⁽¹⁷⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 2004, p. 22 s.

⁽¹³⁾ Cfr. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Digesto civ.*, Torino, 1996, XIV, p. 648 ss.

⁽¹⁴⁾ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, sedicesima ed., München, 2004, p. 11 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. infatti GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), rist., Aalen, 1962, p. 77 s.

⁽¹⁶⁾ Cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 63 ss.

⁽¹⁷⁾ Testo dell'art. 21-*octies* (Annullabilità del provvedimento): «è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza./Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma

[*Testo non definitivo*]

In secondo luogo, la disciplina della nullità degli atti processuali civili è fortemente ispirata dallo scopo del processo civile diretto alla (giusta) composizione della controversia insorta tra le parti e pertanto conosce tutta una serie di meccanismi di sanatoria (per conseguimento dello scopo, art. 156 c.p.c.; per mancato rilievo ad opera della parte interessata, art. 157 c.p.c.; per rinnovazione dell'atto, art. 162 c.p.c.). Essi culminano in quel vero e proprio cardine del sistema processuale, profilatosi all'esito di una complessa evoluzione storica, che è la conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione. Essa avvicina molto la regolamentazione delle nullità processuali all'*Anfechtbarkeit*, alla annullabilità del diritto privato.

In via di principio (salve le ipotesi eccezionali che fecero parlare Piero Calamandrei di una sopravvivenza della *querela nullitatis*), le nullità della sentenza (cioè le nullità proprie dell'atto sentenza e le nullità del procedimento che si riverberano sulla sentenza) non possono farsi valere attraverso azioni di nullità o di invalidità, bensì «soltanto nei limiti e secondo le forme» dell'appello e del ricorso per cassazione (art. 161 c.p.c.). La nullità della sentenza può farsi valere solo entro gli stretti termini di decadenza previsti per l'appello e per il ricorso per cassazione, e solo dalla parte che sia rimasta praticamente soccombente, altrimenti i vizi si sanano. Ciò assicura la stabilità del giudicato sostanziale, mettendolo al riparo da possibili invalidità della sentenza che lo contiene, al fine della definitiva composizione della controversia. Non solo: l'eventuale nullità ed impugnabilità della sentenza non impedisce che essa produca effetti, anche esecutivi (art. 283 c.p.c.).

Questa serie di salienti elementi differenziali pregiudicano una proficua comparazione tra nullità degli atti processuali civili e nullità del provvedimento amministrativo.

Al fondo del fenomeno, tali differenze non sono altro che profili particolari della odierna irriducibile diversità tra la sentenza giurisdizionale e l'atto amministrativo (nonché gli atti privati): essa

degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

[*Testo non definitivo*]

consiste nel potere del giudice di imporre «l'ultima parola» (18), salva la presenza di un'eccezionale «azione di nullità» per violazione dei diritti fondamentali dinanzi alla Corte costituzionale, come la *Verfassungsbeschwerde* nell'ordinamento tedesco. A ben vedere, come si vedrà tra poco, quest'ultimo tratto non è un'eccezione, bensì perfeziona il controllo giurisdizionale di costituzionalità cui debbono essere assoggettati tutti gli atti di esercizio dei pubblici poteri, compresi quelli dei giudici comuni.

Più proficuo sarebbe invece comparare la nullità degli atti processuali civili e la nuova disciplina dell'annullabilità dell'atto amministrativo di cui all'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, ma ciò fuoriesce evidentemente dall'ambito della presente indagine (19).

6. – Con ciò lo studioso del processo civile è posto dinanzi all'alternativa di mettere fine al discorso o di varcare i confini della propria disciplina.

La scelta cade senza incertezze sulla seconda variante, almeno per chi ritenga che i settori scientifico-disciplinari siano solo un espediente burocratico attinente all'organizzazione universitaria e pertanto siano irrilevanti in sede di ricerca scientifica.

Quando siamo investiti di un problema scientifico giuridico, siamo coinvolti in prima battuta come giuristi, non come studiosi del processo civile, del diritto privato o del diritto amministrativo. Certamente il modo con cui affrontiamo il problema è condizionato dalla limitatezza delle nostre conoscenze, ma ciò è il riflesso inevitabile della ristrettezze delle nostre umane capacità di apprendimento, non deve essere frutto del confine che ci infliggiamo in quanto appartenenti all'uno o all'altro settore scientifico disciplinare (20).

(18) Cfr. LEISNER, *Das letzte Wort: der Richter späte Gewalt*, Berlin, 2003; da ultimo, v. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000.

Questo potere di imporre l'ultima parola è alla base del dogma della irrilevanza della «ingiustizia», proprio della sentenza passata in giudicato (sul punto, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991), ma non dell'atto amministrativo, pur inoppugnabile.

(19) Per un'interessante riflessione *ante litteram*, focalizzata sulla nozione di raggiungimento dello scopo dell'atto, v. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, cit., p. 59 ss.

(20) L'esperienza tedesca conosce un'espressione felice chiamata ancora oggi a designare i giovani che hanno appena completato con successo la formazione giuridica (sia nella fase di studio universitario, che nel fase successiva, cioè il servizio preparatorio di formazione nelle professioni legali).

[*Testo non definitivo*]

D'altra parte, la necessità di varcare i confini della propria disciplina allietta lo studioso del processo civile, che non consideri come proprio oggetto di ricerca unicamente il funzionamento interno del processo, ma estenda il proprio sguardo alle multiformi sfaccettature del nesso di strumentalità che avvince il processo al diritto sostanziale e che, nel proprio lavoro, cerchi di avere una vigile e costante consapevolezza che il processo rinviene la propria fondamentale ragione di esistenza nell'assicurare che gli interessi protetti dalle norme di diritto sostanziale siano realizzati, anche in caso di mancata cooperazione spontanea fra i soggetti.

7. – Dopo aver messo da parte l'azione di nullità degli atti processuali civili, in particolare delle sentenze, si deve rivolgere l'attenzione all'azione di nullità degli atti del potere legislativo, cioè all'azione di nullità delle leggi.

È un istituto che non può passare sotto silenzio nel quadro di discorso di teoria generale sull'azione dei soggetti che si indirizza alla dichiarazione di nullità di atti di esercizio del potere.

Negli ordinamenti che conoscono meccanismi di controllo della costituzionalità delle leggi incentrati su corti costituzionali, l'incostituzionalità della legge rappresenta indubbiamente il vizio più grave, sia per la propria causa, che per i propri effetti, fra quelli che possono colpire gli atti di esercizio del potere.

Se la nullità dell'atto è diretta a sanzionare le ipotesi più gravi, indubbiamente, sotto un profilo teorico generale, la soluzione raccomandabile è quella positivamente disciplinata nell'ordinamento tedesco. Nelle grandi linee, che risultano dal

Essi sono *Einheitjuristen*, o anche *Volljuristen*, che potremmo tradurre come giurista «universale», o anche come giurista «integrale»: giuristi con una competenza di base che dovrebbe spaziare in ogni campo del diritto. Cfr. CAPONI, *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 127 ss. L'esperienza tedesca ha mantenuto salda la consapevolezza che, in un'età di rapidi cambiamenti della realtà economica e sociale, la strategia più valida per attrezzare i giovani ad affrontare il mondo del lavoro consiste nel rafforzare la funzione di formazione culturale di base del corso di studi, puntando su materie fondamentali a notevole contenuto teorico, e quindi a notevole contenuto formativo.

Se quest'approccio va bene per gli studenti, è valido *a fortiori* per gli studiosi. In Germania gli studiosi di regola non svolgono ricerche ed insegnano solo nel diritto civile, solo nel diritto processuale civile, tanto meno solo nel diritto comparato. Ogni studioso e docente universitario è impegnato contemporaneamente su più fronti disciplinari e ciò gli dà potenzialmente quella apertura mentale, quella capacità di cogliere i fenomeni giuridici come sono nella realtà, nella pluralità delle loro dimensioni.

[Testo non definitivo]

quadro normativo, dall'interpretazione del *Bundesverfassungsgericht*, nonché dalla posizione della dottrina prevalente essa è la seguente.

La legge incostituzionale è nulla. Essa non produce effetti giuridici fin dall'inizio. Chiunque affermi in modo plausibile la lesione o il pericolo concreto di lesione personale, attuale e immediata di un proprio diritto fondamentale può agire dinanzi all'organo di giustizia costituzionale per farne dichiarare la nullità (*Verfassungsbeschwerde*). La pronuncia della Corte costituzionale ha un contenuto di mero accertamento (non costitutivo) ⁽²¹⁾.

La legge nulla è però una legge giuridicamente esistente.

Essa è un fatto della realtà giuridica che può essere fonte di una legittimazione apparente all'esercizio di poteri o all'adempimento di doveri scaturenti dalla sua disciplina, più in generale può essere fonte di legittimazione al compimento di attività e di conseguenti affidamenti. La certezza del diritto impone pertanto un temperamento circostanziato del principio *quod nullum est nullum producit effectum*, sotto più profili.

In primo luogo, il potere di agire in via principale dinanzi alla Corte costituzionale per fare dichiarare la nullità della legge è sottoposto al termine di decadenza di un anno dall'entrata in vigore della legge ⁽²²⁾.

In secondo luogo, la Corte costituzionale ha elaborato in via di prassi un'ulteriore variante decisoria rispetto alla pura e semplice dichiarazione di nullità della legge incostituzionale: è la dichiarazione di incompatibilità con la Costituzione, che consente una provvisoria applicazione della norma incostituzionale fino all'intervento del legislatore, chiamato a dettare una disciplina conforme a Costituzione ⁽²³⁾. Lo scopo di questo modello di decisione è da cogliere nell'esigenza di evitare gli effetti indesiderati di un'immediata dichiarazione di nullità della legge. Tali effetti sono evidentemente collegati agli affidamenti generati dal fatto

⁽²¹⁾ Cfr. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*, Tübingen, 1995, p. 105; in termini problematici, HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, 1997, p. 49 ss.; in termini riassuntivi, SCHLAICH, KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6a ed., München, 2004, p. 274.

⁽²²⁾ Cfr. § 93, comma 3 *BVerfGG*. Rimane salva evidentemente la possibilità di fare valere l'incostituzionalità della legge in via incidentale, da parte dei giudici comuni (art. 100, comma 1 *GG*).

⁽²³⁾ Cfr. SCHLAICH, KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 282 s.

[*Testo non definitivo*]

dell'entrata in vigore della legge poi dichiarata incompatibile con la Costituzione.

In terzo luogo, alcuni fatti – tipicamente individuati, tra i quali segnatamente il giudicato civile e l'atto amministrativo inoppugnabile - compiuti in esecuzione della legge incostituzionale, si consolidano ⁽²⁴⁾, attraverso il tradizionale meccanismo dell'esaurimento dei rapporti giuridici, che proprio in relazione agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi ha conosciuto negli ordinamenti contemporanei una nuova stagione ⁽²⁵⁾.

L'ordinamento tedesco spiega il fascino della compiutezza del sistema di controllo di costituzionalità. Attraverso la *Verfassungsbeschwerde*, la verifica della conformità a Costituzione degli atti di esercizio di tutti e tre i poteri statali (legislativo, esecutivo, giudiziario) è affidata ad un'unica Corte ⁽²⁶⁾.

Oltre alle funzioni di tutela dei diritti fondamentali, nonché di integrazione e ulteriore svolgimento del diritto costituzionale, il ricorso diretto di costituzionalità realizza la funzione di «mobilitare» i cittadini per l'attuazione del diritto costituzionale ⁽²⁷⁾.

Una delle cose più interessanti che possono capitare nello studio dell'ordinamento tedesco è la constatazione di come la Corte costituzionale federale tedesca, complice la preponderanza della *Verfassungsbeschwerde* come canale di accesso, dialoghi con i cittadini, più che con le stanze del potere politico. La Corte costituzionale tedesca è davvero un organo di cerniera tra Stato e società civile e non è affatto rinserrata all'interno dell'apparato dello Stato. Essa non teme di intervenire sui problemi che attualmente affannano la società civile, perché i propri interventi riposano normalmente su una notevole forza di argomentazione giuridica ⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ Sotto il profilo pratico, il consolidamento avviene in questi termini: non sono ammesse pretese restitutorie sulla base dell'arricchimento senza causa, cessa l'ulteriore esecuzione della sentenza: cfr. § 79 *BVerfGG*.

⁽²⁵⁾ Per un più ampio discorso sul punto si rinvia a CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

⁽²⁶⁾ Così, SCHLAICH, KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 141.

⁽²⁷⁾ La frase tra virgolette nel testo è tratta da GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1952, p. 273.

⁽²⁸⁾ Per un esempio recente, v. BVerfG, ordinanza 12 dicembre 2006 – 1 BvR 2576/04, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità del lievito di patto di quota lite, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2007, IV, con nota di CAPONI, *Parziale incostituzionalità del divieto di patto di quota lite nell'ordinamento tedesco*.

[*Testo non definitivo*]

L'esempio tedesco segnala l'incompiutezza del sistema di controllo di costituzionalità nell'ordinamento italiano.

L'assenza di un'azione individuale generale di nullità delle leggi dinanzi alla Corte costituzionale italiana esclude che questa esperienza possa costituire il terreno preferenziale per una riflessione di teoria generale sull'azione di nullità ⁽²⁹⁾.

8. – Si può indirizzare definitivamente la nostra attenzione verso l'azione di nullità degli atti di esercizio del potere di autonomia privata, corrispondendo così certamente ad una aspettativa di senso dell'uditorio. In effetti, le pagine precedenti documentano, in forma sommaria, ma sufficientemente persuasiva, che l'esito non poteva essere diverso.

In via preliminare, si ripropone l'«eterno» problema del rapporto tra diritto amministrativo e diritto civile.

Emerso all'inizio dell'Ottocento come semplice «diritto civile nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione» ⁽³⁰⁾, il diritto amministrativo conquista decisamente la propria identità disciplinare nel corso del secolo XIX, attraverso la creazione del giudice speciale ⁽³¹⁾, la scoperta del vizio di eccesso di potere e della discrezionalità come tipici dell'atto di autorità ⁽³²⁾, l'abbandono dello schema civilistico del rapporto a vantaggio dello schema del potere ⁽³³⁾, l'elaborazione dell'atto amministrativo come figura che differisce profondamente dal negozio giuridico di diritto privato ⁽³⁴⁾.

Dopo la crisi e la trasformazione novecentesca degli Stati europeo-continentali, la specialità del diritto amministrativo è ristretta oggi a presidio di un nucleo ben definito di poteri. Si afferma ormai che autoritatività e unilateralità non sono più caratteri indefettibili degli atti amministrativi, ma sono tipiche di alcune categorie di provvedimenti amministrativi ⁽³⁵⁾, in un

⁽²⁹⁾ Né questa prospettiva può essere certamente recuperata contemplando le ristrette ipotesi del giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale (il ricorso diretto dello Stato nei confronti di una legge regionale; il ricorso della regione nei confronti di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di altra regione. Cfr. per una prima informazione MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, p. 152 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 350, cui si rinvia, per l'indicazione delle fonti primarie.

⁽³¹⁾ Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 355.

⁽³²⁾ Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 365.

⁽³³⁾ Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 370.

⁽³⁴⁾ Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 371.

⁽³⁵⁾ Cfr. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 168 ss.

panorama che si apre verso momenti importanti di «diritto amministrativo paritario»⁽³⁶⁾: l'introduzione dell'accordo sostitutivo di provvedimento prima nella legge tedesca sul procedimento amministrativo del 1976 e poi nella legge italiana⁽³⁷⁾, l'erogazione dei servizi pubblici secondo moduli del diritto privato, l'amministrazione che coopera con le articolazioni della società civile⁽³⁸⁾, anche in modo informale⁽³⁹⁾, infine nell'ordinamento italiano l'affermazione della risarcibilità dei danni provocati dalla lesione dell'interesse legittimo da parte del potere amministrativo⁽⁴⁰⁾, che sotto questo profilo allinea finalmente la disciplina italiana a quella dei paesi più evoluti⁽⁴¹⁾.

Quella del diritto amministrativo è quindi al giorno d'oggi «una specialità non più assoluta e monolitica, ma aperta e multiforme, coerente con un'amministrazione che torna a rivestire i panni, pluralistici e plurisoggettivi, dell'amministrazione dell'ordine antico»⁽⁴²⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807 ss.; su questo saggio si veda il prologo di CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 558 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. § 54 VwVfG, nonché l'art. 11 della l. n. 241 del 1990.

⁽³⁸⁾ SCHMIDT-ASMANN, *Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania*, in *Diritto pubblico*, 1997, p. 27 ss., p. 34.

⁽³⁹⁾ Cfr. VOßKUHLE, 'Concetti chiave' della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica federale tedesca. *Un ricognizione critica*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 699 ss., specie p. 702.

⁽⁴⁰⁾ Cass. sez. un. 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

⁽⁴¹⁾ Cfr. in Germania il § 34 GG, che prevede la giurisdizione del giudice ordinario sulle pretese al risarcimento dei danni derivanti dalla violazione dei doveri d'ufficio. Nonostante che si tratti univocamente di una controversia di diritto pubblico (cfr. BVerfGE 61, 149), la previsione della giurisdizione del giudice ordinario si giustifica su un piano storico, poiché nel 1949 non esisteva un ordinamento della giurisdizione amministrativa unitario sul piano federale e non era elevata la fiducia sull'indipendenza e imparzialità dei tribunali amministrativi allora esistenti. Cfr. poi il § 40, comma 2 VwGO, su cui per una prima informazione SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 8a ed., Heidelberg, 2002, p. 47 ss., nonché DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, ed. provv., Trento, 2000, p. 107. Cfr. infine il § 839 BGB, ove al terzo comma si prevede che l'obbligo di risarcimento del danno non sorge se il soggetto leso ha omesso dolosamente o colposamente di evitare il danno attraverso la proposizione di un mezzo di impugnazione (in particolare, dell'atto amministrativo).

⁽⁴²⁾ Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 528. In tema, D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di Cassese, Milano, 2001, p. 1293 ss.

Per un quadro di sintesi su questi fenomeni nell'esperienza giuridica tedesca, oltre ai contributi di SCHMIDT-ASMANN, *Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania*, cit., p. 27 ss., e di VOßKUHLE, 'Concetti chiave' della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica federale tedesca. *Un ricognizione critica*, cit. p. 699 ss., v. BAUER, *La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 180 ss.

[*Testo non definitivo*]

L'inserimento del comma 1-bis all'art. 1 ⁽⁴³⁾ e la modifica inserita all'art. 11 ⁽⁴⁴⁾ della l. n. 241 del 1990 (l. n. 15 del 2005) rappresentano un ulteriore punto di questa linea di sviluppo.

9. – Nelle pagine introduttive di questo contributo si è già osservato che non è possibile separare la riflessione di teoria generale del diritto dalla particolare concezione del diritto del giurista che la svolge. Tale riflessione è anche notevolmente condizionata dall'ambiente storico e culturale. Attraverso le proprie ricostruzioni di teoria generale il giurista coglie sempre i segni del proprio tempo.

Senza gli sviluppi storici sommariamente sintetizzati nel paragrafo precedente, non sarebbe stato possibile maturare con nettezza, sul finire del secolo XX, il proposito di inquadrare il potere dei privati (l'autonomia privata) e il potere amministrativo entro un unico fondamentale schema di teoria generale di produzione degli effetti giuridici sostanziali: *norma – potere – effetto* ⁽⁴⁵⁾.

Questo schema inquadra le ipotesi in cui la norma giuridica non detta direttamente la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni della vita, non ricollega direttamente ai fatti il sorgere di situazioni giuridiche soggettive, ma demanda tale disciplina al potere dei privati o al potere della pubblica amministrazione. La norma giuridica si limita a dettare in modo inderogabile le modalità di esercizio del potere. A seconda poi della maggiore o minore intensità della situazione di potere, la legge può subordinare il sorgere del potere al verificarsi di determinati fatti (ciò accade di regola riguardo ai poteri della pubblica amministrazione, mentre non si verifica riguardo alla autonomia privata). Caratteristica di questa tecnica è che il potere normalmente non si inserisce in una preesistente relazione sostanziale tra chi esercita il potere e il destinatario passivo del potere stesso o tra coloro che consensualmente esercitano il potere. È l'atto (contratto, provvedimento) di esercizio del potere che determina il sorgere di situazioni soggettive fra le parti.

⁽⁴³⁾ Testo: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

⁽⁴⁴⁾ Ci si riferisce alla possibilità di concludere accordi sostitutivi del provvedimento, a prescindere da espressa disposizione di legge.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 60 ss., p. 62 ss.

[*Testo non definitivo*]

In queste ipotesi la necessità di ricorrere al processo si presenta, oltre che per l'affermata lesione delle situazioni giuridiche soggettive sorte a seguito dell'esercizio del potere, per l'incertezza causata da contestazioni circa l'esistenza stessa del potere, ovvero per illegittimità occorse nelle modalità di esercizio del potere.

In caso di contestazioni circa l'esistenza del potere, la disciplina di riferimento è quella della azione di nullità: la legittimazione ad agire in capo a chiunque vi abbia interesse, la rilevabilità d'ufficio, l'imprescrittibilità ⁽⁴⁶⁾. Oggetto del processo è il mero accertamento dell'esistenza del potere o meno, cioè della idoneità o meno dell'atto di esercizio a determinare il sorgere delle situazioni soggettive conseguenti.

In caso di contestazioni circa la legittimità delle modalità di esercizio del potere, il diritto positivo può adottare come modello di disciplina sia quella della nullità, che quella della annullabilità. In questo secondo caso esso può consentire che l'atto si sani qualora il vizio non venga denunziato, in via giudiziale o anche stragiudiziale, entro un termine più o meno ampio, da parte del soggetto nel cui interesse è posto il requisito mancante, da parte del destinatario passivo dell'esercizio del potere oppure anche da parte di terzi interessati.

Entrambe le ipotesi sono accomunate infine sotto il profilo che il giudice non può mai sostituirsi (in sede cognitiva o esecutiva) ai privati o alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere. Il giudice si limita a verificare l'esistenza del potere e/o a controllare il rispetto delle sue modalità di esercizio. In caso di accertamento della inesistenza del potere o della illegittimità delle sue modalità di esercizio, egli si limita a dichiarare la inidoneità dell'atto a determinare il sorgere delle situazioni soggettive conseguenti, senza potere in alcun modo sostituire altra disciplina alla disciplina contenuta nell'atto illegittimo.

Viceversa il potere del giudice sarà pieno rispetto a quei profili che rinvergono la loro fonte di disciplina unicamente e direttamente nella legge e non nell'atto di esercizio del potere. Questi profili sono più meno ampi a seconda dei casi e possono estendersi fino al punto da limitare il potere alla sola attribuzione di rilevanza a fatti, i cui effetti sono appunto integralmente

⁽⁴⁶⁾ Salvo i consolidamenti operati dalla usucapione, dalla prescrizione delle azioni di ripetizione, dal decorso del tempo dalla trascrizione della domanda di nullità, ecc.

[*Testo non definitivo*]

predeterminati dalla norma giuridica (nel qual caso, lo schema che inquadra la produzione dell'effetto giuridico sul piano sostanziale è il seguente: norma – fatto - potere sull'*an* - accertamento giudiziale effetto) ⁽⁴⁷⁾.

10. – Nel quadro di un'indagine sull'azione di nullità degli atti di esercizio del potere di autonomia privata, condotta nella prospettiva di offrire elementi di riflessione allo studio dell'azione di nullità degli atti di esercizio del potere amministrativo, la teoria riassunta nel paragrafo precedente individua una solida base per sviluppare il dibattito in questa materia. La sua importanza può cogliersi su più piani.

In primo luogo, essa offre una cornice teorica per la circolazione di idee e modelli di riflessione tra il diritto privato e il diritto amministrativo.

La teoria resiste all'obiezione fondata sulla classica concezione che rimarca la distinzione tra autonomia privata e discrezionalità: «il margine dispositivo cui [la discrezionalità] dà luogo non può essere paragonato a quello del soggetto privato che agisca in sede di pura autonomia, perché la qualifica sostanziale dell'attività amministrativa è di essere una cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato» ⁽⁴⁸⁾.

Anche in questo caso, la percezione dei fenomeni dipende dalla prospettiva con il quale li osserviamo.

La concezione appena riferita ricostruisce, da un lato, il diritto amministrativo in modo tradizionale, come espressione di un modello di regolazione «finalistica» ⁽⁴⁹⁾: esso muove appunto dai fini dello Stato, determinati attraverso le leggi ed affidati alla cura concreta della pubblica amministrazione, che opera principalmente attraverso l'esercizio dei poteri discrezionali. Essa ricostruisce poi, dall'altro lato, il diritto privato in modo parimenti tradizionale, come disciplina che fissa i limiti esterni al dispiegarsi del potere dei privati di dettarsi regole per la realizzazione dei loro interessi.

In questo quadro, potere amministrativo e autonomia privata appartengono effettivamente a mondi difficilmente paragonabili tra

⁽⁴⁷⁾ In questo e nei precedenti cinque capoversi si è riassunta quasi testualmente la posizione di PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 62 ss.

⁽⁴⁸⁾ Così GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 25.

⁽⁴⁹⁾ Ricaviamo la terminologia da BREUER, *Konditionale und finale Rechtsetzung*, in *AöR*, 2002, p. 523 ss., p. 525 ss.

[*Testo non definitivo*]

di loro.

Tali immagini sono chiare e ben scolpite, ma non rispecchiano più la realtà delle cose. Gli sviluppi attuali indicano un ravvicinamento tra i due mondi, tale da rendere fruttuoso – oggi più di ieri – un discorso scientifico che li abbracci simultaneamente, certamente comparando le analogie (sempre maggiori) e le differenze (sempre minori).

Non ci si riferisce tanto ai fenomeni che sono stati raggruppati indietro, in modo certamente approssimativo, sotto l'insegna di diritto amministrativo paritario. Essi restringono certamente il campo di incidenza del classico potere amministrativo discrezionale e imperativo, ma non ne alterano fondamentalmente il suo modo di operare.

Ci si riferisce piuttosto al ravvicinamento del modo di funzionare del potere dei privati ad un potere discrezionale, se non si teme di definire il fenomeno con il nome che esso merita. Gli studiosi del diritto civile che hanno una maggiore sensibilità per il mutamento delle categorie e degli istituti del diritto civile parlano di nuova stagione, quella dell'autonomia privata «conformata» ⁽⁵⁰⁾.

11. - Che cosa significa autonomia privata «conformata» dall'angolo visuale dei possibili modelli di regolazione e di controllo dell'esercizio del potere?

Cerchiamo di dare una risposta attraverso un esempio importante: la disciplina dell'art. 41 Cost. Il potere dei privati di darsi regole di comportamento per realizzare i loro interessi, costituzionalmente garantito dall'art. 41, comma 1 Cost., incontra nei commi successivi due ordini di limiti tra di loro diversi.

Il secondo comma prevede che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La costituzione riconosce così limiti esterni al dispiegarsi dell'iniziativa economica privata; riconosce cioè che dalla disciplina di altri beni o

⁽⁵⁰⁾ Su questo fronte si segnalano in particolare i lavori di Vincenzo Scalisi: SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile - Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 283 ss., specie p. 293 ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459 ss.; ID., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 237 ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 210 ss.; ID., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 489 ss.

[*Testo non definitivo*]

valori possano derivare dei vincoli che incidono sulle modalità di svolgimento dell'autonomia privata, ferma rimanendo la libertà dei privati di scegliere il fine del proprio regolamento di interessi. È una tecnica di regolazione che risponde ad un modello «condizionale» ⁽⁵¹⁾: i vincoli modali altro non sono che effetti giuridici (doveri di comportamento) di altre fattispecie, qualificate dall'ordinamento in vista della protezione e conformazione di beni (utilità sociale, sicurezza, ecc.) diversi dall'autonomia privata.

Il terzo comma prevede invece che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. La costituzione riconosce così alla legge la possibilità di introdurre vincoli per così dire interni, che conformano lo stesso scopo dell'esercizio del potere di autonomia privata, aggiungendo altre finalità (sociali) a quelle puramente private. Come già detto, si tratta di un modello di regolazione «finalistica».

12. – Se si aderisce con cautela a qualche affermazione generalizzante, il regolamento contrattuale «appare ormai sempre meno espressione del potere di scelta dei privati e sempre più invece l'esito del concorso di una pluralità di fonti di diversa natura (legale, amministrativa, giudiziale), in funzione integrativa, correttiva o addirittura sostitutiva» ⁽⁵²⁾.

Il regolamento contrattuale non è più predeterminato o predeterminabile sulla base del solo contenuto dell'atto contrattuale (anche se integrato ex art. 1374 c.c.). Tale regolamento risulta da un quadro più complesso, in cui entrano in gioco quelle altre fonti, chiamate ad attribuire rilevanza non solo a interessi accessori, collegati, derivati o comunque dipendenti dal singolo contratto considerato, ma anche e soprattutto alle qualità delle parti, alle condizioni giuridiche e di fatto in cui esse si trovano ad operare, alle condizioni del mercato di riferimento, alla più generale attività economica di cui frequentemente il singolo contratto non è che un frammento ⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Ricaviamo la terminologia da BREUER, *Konditionale und finale Rechtsetzung*, in *AöR*, 2002, p. 523 ss., p. 525 ss., ambientando in una situazione diversa il suo modello concettuale.

⁽⁵²⁾ Così, SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, cit., p. 245.

⁽⁵³⁾ Si riprende quasi testualmente, sintetizzandolo, quanto scritto da SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 480 s., che, in relazione a queste situazioni, parla di «punto di vista esterno» all'atto (contrattuale).

[*Testo non definitivo*]

Questi sviluppi sono stati promossi e resi effettivi essenzialmente attraverso un radicale mutamento di disciplina del rimedio della nullità del contratto. Grazie all'emergere delle diverse figure di nullità di protezione, la disciplina della nullità del contratto prevista dagli artt. 1418, generale e tendenzialmente indifferenziata quanto a cause ed effetti, è stata avvicinata da un «regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della concreta e specifica patologia inficiante l'atto» ⁽⁵⁴⁾ che impone di «oltrepassare» la teoria della fattispecie «applicata ai rimedi invalidanti, trasferendo la questione della validità/invalidità del contratto come atto direttamente al contratto come regolamento [...]. Il futuro dell'antica categoria della invalidità applicata al contratto si gioca ormai interamente su questo piano, il piano cioè della sua idoneità a proporsi quale rimedio di regolamento, quale mezzo tecnico cioè di gestione e controllo del regolamento contrattuale» ⁽⁵⁵⁾.

Si tratta di un segno di forza e di centralità della nullità nella cornice della disciplina dell'invalidità del contratto, confermato da ultimo dalla riqualificazione legislativa in termini di nullità della precedente previsione di inefficacia delle clausole vessatorie ⁽⁵⁶⁾. Se si parafrasa e si traspone uno degli insegnamenti del pensiero di Niklas Luhmann ⁽⁵⁷⁾, si può dire che il sistema della nullità ha reagito alle sfide dell'ambiente esterno (il bisogno di una disciplina complessa e articolata promanante dalla realtà sociale ed economica), accrescendo la propria interna complessità ⁽⁵⁸⁾ e confinando ai margini della scena le altre figure della patologia negoziale, come l'annullabilità e la rescindibilità.

13. - Riguardiamo nel suo insieme l'esito provvisorio dell'evoluzione che nel corso degli ultimi decenni, principalmente attraverso lo strumento della nullità, ha subito il modo e la misura

⁽⁵⁴⁾ Così, SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 460.

⁽⁵⁵⁾ Così, SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, cit., p. 244 s., cui appartengono le frasi virgolettate nel testo.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 36 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).

⁽⁵⁷⁾ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, Köln, 1970.

⁽⁵⁸⁾ Secondo SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 460, «la complessità del reale e il pensiero del molteplice, un lato e l'altro della postmodernità [...] hanno catturato anche le forme di qualificazione negativa dell'agire autonomo dei privati, infrangendo definitivamente il mito della neutralità e indipendenza delle forme giuridiche rispetto alla sostanza dei rapporti umani e al contesto storico-sociale di riferimento».

[*Testo non definitivo*]

del controllo da parte dell'ordinamento sull'esercizio del potere di autonomia privata.

Compie una scoperta quasi imbarazzante lo studioso chiamato ad offrire indicazioni circa il quadro fondamentale in cui può essere inserito il nuovo assetto sostanziale e processuale delle invalidità degli atti amministrativi in seno all'ordinamento italiano attuale.

Lo schema *norma - potere - effetto* era stato invocato per offrire una cornice teorica per la circolazione di idee e modelli di riflessione tra il diritto privato e il diritto amministrativo, nella prospettiva di una trasposizione di concetti dal primo al secondo. A questo punto potrebbe dischiudersi un movimento in opposta direzione.

Gli indizi di ciò sono più di uno e meritano di essere illustrati.

14. - In primo luogo, si è già accennato che l'evoluzione dell'ordinamento verso un modello di regolazione finalistica sull'esercizio del potere di autonomia privata avvicina quest'ultima all'area della discrezionalità.

Rileggiamo qualche passo centrale del pensiero di Massimo Severo Giannini sulla discrezionalità, tenendo mentalmente presenti la vicenda dell'autonomia privata appena riassunta: «un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati. Chiamiamo *primario* l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, *secondari*, per quell'autorità, gli altri interessi. [...] Gli interessi secondari non giocano gli stessi ruoli. Taluni di essi hanno un ruolo di attenuazione dell'interesse primario; altri di rafforzamento; taluni sono così forti da impedire la realizzazione dell'interesse primario; altri portano a 'soluzioni di compromesso'; accade pure che i medesimi interessi talora operino come attenuativi, talaltra come rafforzativi. [...] se la scelta è il risultato della discrezionalità, questa consta di una *ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*»⁽⁵⁹⁾.

Se nel passo di Giannini si sostituisce «autorità» con «soggetto privato» e «interesse pubblico primario» con «interesse

⁽⁵⁹⁾ Così GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3a ed., II, cit., p. 48 s.; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., *passim*..

privato primario» (cioè gli scopi perseguiti dai soggetti con il concreto atto di esercizio del potere di autonomia privata), si ottiene una descrizione non lontana dalla realtà dell'autonomia privata conformata, con l'integrazione che la funzione conformante che sul piano del diritto privato è affidata al rimedio della nullità di protezione, sul piano del diritto amministrativo è assolta *ex ante* dal procedimento amministrativo.

15. - In secondo luogo, si ripensi alla crisi e all'«oltrepassamento» della teoria della fattispecie ⁽⁶⁰⁾.

Sotto un diverso aspetto la teoria della fattispecie è sempre stata in crisi, come dimostra lo stesso schema *norma - potere - effetto*.

Infatti, la sottolineatura del ruolo normativo dell'atto di esercizio del potere di autonomia privata, nonché dell'atto di esercizio del potere amministrativo, contribuisce di nuovo a richiamare l'attenzione sul fatto che il negozio giuridico (nonché il

⁽⁶⁰⁾ Peraltro occorre muovere sempre da questa teoria (fondamentali nella letteratura italiana, SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. del Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss., pur nella prospettiva di oltrepassarla (così, SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, cit., p. 244).

In estrema sintesi, secondo questa teoria, la norma giuridica opera collegando al verificarsi della situazione di fatto che integra la fattispecie da essa prevista il sorgere di un effetto giuridico. La differenziazione tra norma e fatto, che percorre la nozione di fattispecie esprimendosi nella distinzione tra fattispecie legale (o astratta) e fattispecie concreta, si riflette anche sulla nozione di effetto giuridico, che quindi può essere intesa in due sensi: come effetto giuridico astratto (la regola di condotta facoltativa o doverosa) e come effetto giuridico concreto (il comportamento umano conforme alla regola di condotta). L'effetto giuridico può essere poi istantaneo o durevole (sulla distinzione tra effetti giuridici istantanei e durevoli, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 8 ss.; ID., *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it.* 1998, I, c. 1193 ss.).

Nella fattispecie costitutiva di un effetto può rientrare un effetto giuridico di una diversa fattispecie, sia nella sua componente di valore (la qualificazione giuridica del comportamento umano), che nella sua componente di fatto (il contegno umano conforme alla regola). Ad es., nella fattispecie costitutiva del diritto agli alimenti è compresa la parentela dell'obbligato, come effetto giuridico di una diversa fattispecie, e non un qualsivoglia atto di esercizio dei diritti o di adempimento dei doveri scaturenti dallo *status* di parente. In questa ipotesi, nella fattispecie costitutiva di un effetto giuridico dipendente rientra la componente di valore di un effetto giuridico pregiudiziale.

In altre ipotesi, nella fattispecie costitutiva del secondo effetto giuridico rientra la condotta concreta, non la qualificazione giuridica della condotta operata dalla norma precedente. Ad es., la denuncia dei vizi della cosa venduta entro un certo numero di giorni dalla scoperta è esercizio del potere di denuncia (componente di fatto di un effetto) e contemporaneamente elemento costitutivo del diritto alla garanzia (elemento di fattispecie costitutiva di un effetto).

[*Testo non definitivo*]

provvedimento amministrativo) non possono essere qualificati come semplici fatti che, nello schema unitario della fattispecie, costituiscono presupposti cui la norma giuridica collega la produzione degli effetti giuridici ⁽⁶¹⁾.

Né questa concezione può essere facilmente recuperata confidando sul principio di relatività delle qualificazioni giuridiche: ciò che dall'angolo visuale della norma di legge sarebbe un fatto giuridico (il negozio giuridico, il provvedimento amministrativo), in sé e per sé considerato sarebbe una norma (del caso concreto). Se si ragiona così, nel primo momento si afferma e nel secondo si nega che gli effetti giuridici siano ricollegati ai fatti dalla norma di legge.

In realtà, in relazione a quei profili – sempre minori, come si è visto - che rinvergono la loro fonte di disciplina esclusivamente nell'atto di esercizio del potere e non in fonti diverse, è l'atto di autonomia privata, ovvero è il provvedimento amministrativo, che costituisce fonte autonoma di qualificazione di fatti e di previsione di effetti giuridici ⁽⁶²⁾.

16. - Lo schema *norma – potere – effetto* intercetta così un'ulteriore linea evolutiva della riflessione (specialmente italiana) sui sistemi giuridici contemporanei che è direttamente correlata al tema dell'oltrepassamento della teoria della fattispecie.

Si tratta della linea di pensiero che ha segnalato la perdita del ruolo centrale all'interno della teoria delle situazioni giuridiche soggettive che la dogmatica giuridica ottocentesca riconosceva al diritto soggettivo, e, contemporaneamente, l'ascesa e l'affermazione del potere giuridico in un ruolo dinamico e propulsivo ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Per l'illustrazione dell'ambiguità di fondo della teoria della fattispecie sotto questo profilo, v. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 35.

⁽⁶²⁾ Colta da questo angolo visuale, la crisi della teoria della fattispecie non è che uno degli aspetti della crisi del normativismo legislativo e statualistico, tempestivamente messa a nudo dalla dottrina di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici (cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917), seconda ed., Firenze, 1945). Un terremoto che investe dapprima il livello apicale del sistema giuridico e si diffonde poi per singoli rami dell'ordinamento, in particolare attraverso l'opera di Massimo Severo Giannini nel diritto amministrativo (riflessioni sul punto in D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di Cassese, Milano, 2001, p. 1293 ss., p. 1295) e di Salvatore Romano nel diritto privato (cfr. *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, atti del convegno di studio di Firenze 15 ottobre 2004, Milano, 2007).

⁽⁶³⁾ Non una bibliografia, ma i soli contributi che hanno formato la base immediata delle riflessioni svolte nel testo: PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche* (1922), rist., Roma, 1938, p. 55 s.; SANTI ROMANO, *Frammenti di un*

[Testo non definitivo]

Mentre il diritto soggettivo è caratterizzato da un paradigma unitario, fondato sulla categoria fondamentale dell'«avere», sull'idea della possidenza dei beni (anche mediata da una pretesa, come nel diritto di credito) ⁽⁶⁴⁾, la figura del potere giuridico si riferisce a una costellazione di figure di cui è difficile individuare una nota comune.

In una prima approssimazione, il potere indica la situazione giuridica di cui è investito un soggetto al cui atto di volontà l'ordinamento ricollega il prodursi di una modificazione giuridica. Questo primo significato, per quanto elementare e generico, non riesce a raccogliere il consenso di tutti e può essere utilmente impiegato solo se la nozione di modificazione giuridica venga liberata dalla sua ambiguità: essa non è identificabile *sic et simpliciter* con la nascita, la modificazione o l'estinzione di un effetto giuridico. Un utile criterio di orientamento è offerto dalla distinzione tra poteri a seconda che prescindano o meno dalla preesistenza di una situazione sostanziale tra chi esercita il potere e il destinatario dell'atto di esercizio.

È la prima specie di poteri ad attirare la nostra attenzione in questa sede ⁽⁶⁵⁾: a questa categoria appartengono non solo l'autonomia privata e il potere amministrativo, ma anche il potere legislativo e il potere giurisdizionale. La caratteristica di questi poteri è che essi non presuppongono una preesistente relazione giuridica tra il soggetto che esercita il potere e i destinatari del potere stesso; è l'esercizio del potere che invece, spesso, pone il

dizionario giuridico, rist., Milano, 1953, p. 173 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 51 ss., specie p. 76; MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 114 ss., specie p. 117 s.; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 218 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 90 ss.; A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 171 ss., specie p. 202 ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 432 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, p. 97 ss.; CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, 2a ed., Milano, 1983, p. 239 ss.; ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di economia e commercio dell'Università di Messina*, 1981, p. 405 ss.; A. LENER, voce *Potere* (dir. priv.), in *Enc. del Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss.; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 60 ss.,

⁽⁶⁴⁾ Alla figura del diritto soggettivo abbiamo dedicato qualche riflessione in CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 721 ss.

⁽⁶⁵⁾ Sulla seconda specie di poteri si consenta il rinvio a CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 45 ss..

[*Testo non definitivo*]

presupposto perché sorga un rapporto giuridico tra i soggetti medesimi.

17. - La teoria della fattispecie ha sempre incontrato difficoltà ad inquadrare giuridicamente la dinamica dei poteri di questa specie. Essa ha sempre incontrato difficoltà ad inquadrare il potere di autonomia privata, il potere amministrativo in sé e per sé considerati, poiché la sua logica è quella del sezionamento delle forme giuridiche di protezione degli interessi: il singolo fatto, il singolo atto, il singolo diritto soggettivo. Il respiro maggiore è raggiunto attraverso la fattispecie complessa a formazione progressiva o attraverso il procedimento⁽⁶⁶⁾, ma già il collegamento negoziale funzionalizzato ad una stessa operazione economica presenta difficoltà ad essere spiegato in termini di teoria della fattispecie.

Sul piano della disciplina processuale, la proiezione di questo sezionamento è la previsione dei requisiti di individuazione del diritto dedotto in giudizio. Se si muove dalla nozione di fattispecie, si constata che il requisito di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c. italiano inquadra i fatti costitutivi, mentre il requisito di cui al n. 3 dell'art. 163 c.p.c. inquadra l'effetto giuridico collegato dalla norma a quei fatti.

18. - Gli interessi umani sono però realizzati concretamente dallo svolgimento di attività materiali⁽⁶⁷⁾, non dagli atti in cui eventualmente si manifesta la volontà (o si ordina) di compierle. La constatazione è agevole in ogni branca del diritto, ma è saliente nel

⁽⁶⁶⁾ Il procedimento può essere indifferentemente configurato come sequenza di norme giuridiche, di atti o di effetti giuridici, coordinati alla produzione di un atto finale e di un correlativo effetto giuridico finale. La scelta tra la prospettiva dell'atto e quella del potere è come quella tra una veduta e l'altra di un certo paesaggio: dipende dai fenomeni che si intendono cogliere in modo migliore, ma le due prospettive sono in linea di principio interscambiabili.

Orbene, la nota minima della sequenza procedimentale, comune alle principali descrizioni circolanti in dottrina, è il riferimento allo schema secondo cui la fattispecie prevista dalla norma successiva della sequenza è integrata dagli effetti prodotti dall'attuazione della norma precedente. In altri termini: l'effetto giuridico previsto dalla norma successiva della serie vede sempre la sua fattispecie costitutiva integrata dalla componente di fatto dell'effetto giuridico previsto dalla norma precedente e così via fino al perfezionamento di una fattispecie che mette capo all'effetto finale del procedimento (per approfondimenti, v. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996, p. 6 s.).

⁽⁶⁷⁾ Sulla nozione di attività materiale, v. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. del Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 157 ss., p. 170.

settore dell'attività amministrativa ⁽⁶⁸⁾, anche perché gli interessi che sono affidati alla cura concreta della pubblica amministrazione sono frequentemente durevoli nel tempo ⁽⁶⁹⁾. In relazione alla loro realizzazione si coglie particolarmente l'utilità di un'autonoma nozione giuridica di attività, rispetto alla nozione del singolo atto giuridico (ed anche rispetto alla sequenza ed al collegamento di atti giuridici).

La prima elaborazione della nozione di «attività», intesa come categoria giuridica a se stante, si è profilata nel quadro della ricostruzione concettuale della teoria della divisione dei poteri sulla base della distinzione tra potere e funzione, svolta dalla pubblicistica tedesca del secolo XIX ⁽⁷⁰⁾. La categoria si è innalzata poi al livello della teoria generale, «essendo possibile che – oltre agli atti – anche un'attività nel suo complesso possa avere rilevanza giuridica. Sono le attività a cui si addice il nome di *funzioni*, le quali possono ricevere qualificazioni giuridiche in ordine al modo con cui sono svolte, nella loro globalità» ⁽⁷¹⁾.

La nozione giuridica di attività ha conosciuto notevoli svolgimenti anche nel diritto privato. Esemplari sono le riflessioni di Salvatore Romano ⁽⁷²⁾, che, muovendo dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici del padre Santi ⁽⁷³⁾, configura l'autonomia privata come «potestà di darsi un ordinamento» ⁽⁷⁴⁾ e,

⁽⁶⁸⁾ «I bisogni pubblici sono soddisfatti, almeno di regola, non dagli atti ma dalle attività. Quel che serve ai fini della viabilità è la costruzione delle strade, non l'emanazione degli atti a seguito dei quali le strade vengono costruite (deliberazioni, contratti di appalto, ecc.); [...]. Ci sono poi alcune attività rispetto alle quali la preventiva emanazione di atti è impossibile sicché l'attività materiale viene eseguita senza che preesista un atto formale. [...]. È stato soltanto con l'introduzione, nell'ordinamento, del principio dell'atto formale che l'azione materiale ha fatto seguito all'emanazione di atti; sicché man mano, perdendosi gradualmente il senso reale del fenomeno, detta attività materiale è potuta apparire come attività secondaria, meramente esecutiva dell'atto»: così, CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 275 s.

⁽⁶⁹⁾ Sulla distinzione tra interessi istantanei e durevoli nel tempo, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit.

⁽⁷⁰⁾ Così, infatti, GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.*, III, Milano, 1958, p. 988.

⁽⁷¹⁾ Così, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 7.

⁽⁷²⁾ Cfr. Salvatore Romano *giurista degli ordinamenti e delle azioni*, atti del convegno di studio di Firenze 15 ottobre 2004, Milano, 2007.

⁽⁷³⁾ Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917), seconda ed., Firenze, 1945.

⁽⁷⁴⁾ Così SALVATORE ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato (Appunti)*, Milano, 1958, p. 1; ID. *Autonomia privata*, Milano, 1957; ID., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione - Il potere*, a cura di F. Romano, Napoli, 1970.

[*Testo non definitivo*]

nel suo aspetto dinamico, come procedimento giuridico ⁽⁷⁵⁾. Più recentemente, la nozione di attività è stata impiegata nel diritto commerciale, come chiave di volta per cogliere il *proprium* dei contratti associativi rispetto ai contratti di scambio nel quadro di un ripensamento che giunge a negare il ruolo del soggetto come perno su cui è costruito l'intero sistema giuridico ⁽⁷⁶⁾.

L'esigenza di oltrepassare la teoria della fattispecie, anche sotto il profilo della nullità come «rimedio di regolamento», è già integralmente sollecitata da questi sviluppi, che hanno preso l'avvio proprio dal diritto amministrativo. Infatti, la teoria della fattispecie dà spazio ad un giudizio di validità del regolamento cui è stata assoggettata un'attività umana valutata nel suo complesso, solo qualora quest'ultima possa essere ricostruita in termini di collegamento di atti, ad esempio come collegamento negoziale ⁽⁷⁷⁾, o come procedimento. Uno spazio indubbiamente insufficiente se si considerano le multiformi attività di realizzazione degli interessi (leciti o illeciti) nel mondo contemporaneo.

Nel quadro di un profilo teorico generale orientato al problema pratico di disciplina sollevato dal nuovo art. 21-septies della l. n. 241 del 1990, non è possibile però approfondire il problema delle modalità con le quali il rimedio della nullità può avere ad oggetto non singoli atti, bensì il regolamento di un'attività intesa nel suo complesso e nella sua destinazione funzionale, poiché la regolamentazione dell'art. 21-septies non è collegata allo svolgimento di un'attività, bensì all'emanazione di un provvedimento amministrativo ⁽⁷⁸⁾.

19. – La ricostruzione della disciplina dell'azione di nullità degli atti di esercizio del potere di autonomia privata (*ex art. 1421 s. del codice civile, poiché a questa ha pensato il legislatore nell'introdurre l'art. 21-septies della l. n. 241 del 1990*) subisce le

⁽⁷⁵⁾ Cfr. SALVATORE ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, rist., Milano, 2001, p. 187 ss., specie p. 202.

⁽⁷⁷⁾ Per una puntuale applicazione, v. art. 34 del d. lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo): «la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». Cfr. BIANCA, *Il contratto*, 2a ed., Milano, 2000, p. 481 ss.

⁽⁷⁸⁾ Sulla nozione di provvedimento amministrativo, v. da ultimo VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 1 ss.

[*Testo non definitivo*]

ripercussioni di questo complesso quadro, anche se non sempre in modo trasparente. Talvolta le linee di pensiero seguono un percorso sotterraneo, che attende di essere riportato pazientemente alla luce del sole, mantenendo salda la consapevolezza di queste interconnessioni.

L'elaborazione della categoria della nullità degli atti e della correlativa azione diretta a dichiararla ci appare come il frutto di un pensiero giuridico di sofisticata astrattezza concettuale.

All'inizio è l'inesistenza a dominare la scena, come nell'esperienza giuridica romana. La mentalità empirica e concreta dei giuristi romani non lascia spazio all'emersione dell'idea di un atto che esiste solo per poter essere qualificato come nullo e improduttivo di effetti ⁽⁷⁹⁾. Ciò vale non solo per il negozio, ma anche per la sentenza: nelle fonti giustinianee si ritrova l'espressione *nulla sententia*: «la quale, però, poiché *nulla* è adoperata attributivamente (*nec ulla*), non mai predicativamente, non significa ciò che esprime la traduzione letterale di queste due parole in italiano, ma significa soltanto 'nessuna sentenza' ossia 'sentenza inesistente'» ⁽⁸⁰⁾.

Il sistema che esce fuori dall'esperienza giuridica romana è quindi impostato sulla lineare ma rigida distinzione tra piena validità e radicale inesistenza dell'atto ⁽⁸¹⁾. Ciò rende logicamente impensabile, prima che inutile, un rimedio contro un atto inesistente.

20. - Tra i due poli di questa alternativa si inserisce nel diritto comune una figura intermedia tra la validità e l'inesistenza: la sentenza nulla, contro la quale è esperibile un'impugnativa *ad hoc*, la *querela nullitatis*.

Soprattutto ad opera della dottrina canonistica, questo rimedio si estende anche sul piano extraprocessuale, al fine di rispondere ad una più ampia esigenza di accertamento. Caratteristica di questa corrente di pensiero è lo studio parallelo

⁽⁷⁹⁾ Cfr. BRUTTI, *Invalidità* (storia), in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 560 ss., specie p. 566, seguito da GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 41 ss., p. 42.

⁽⁸⁰⁾ Così CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 17, citato sul punto da GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, cit., p. 43.

⁽⁸¹⁾ Cfr. BRUTTI, *Invalidità* (storia), cit., p. 567. Un discorso a parte meritano i rimedi pretori chiamati a risolvere un problema pratico simile a quello che modernamente è risolto dall'annullabilità. Sul punto v. anche PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, p. 36 ss.

della nullità della sentenza e di quella dei contratti, ma il tentativo di elaborare una teoria unitaria dei rimedi contro le nullità processuali e sostanziali è destinato a sfumare, poiché i primi seguono un autonomo percorso, che ha come esito, al termine di un complesso *iter* storico – a cui si è già accennato – il loro assorbimento all'interno dei mezzi di impugnazione contro l'ingiustizia della sentenza ⁽⁸²⁾.

In questo lungo frangente storico matura la crisi dell'azione di nullità. Essa scompare in via di principio come azione autonoma di impugnazione delle sentenze, e – quasi come riflesso condizionato della sua origine – s'inabissa anche come azione di impugnazione degli atti sostanziali. Su questo piano essa è sostanzialmente assorbita come questione pregiudiziale all'interno delle azioni di rivendicazione e di ripetizione, proposte per eliminare gli effetti dell'esecuzione del contratto nullo ⁽⁸³⁾. Si lambisce così un punto dell'evoluzione storica che conserva tuttora un rilievo centrale nella ricostruzione dogmatica della nullità.

21. - Questa è la situazione che ritroviamo nell'esperienza giuridica tedesca, con l'avvento della scuola storica all'inizio del XIX secolo. Savigny elabora la distinzione concettuale tra nullità e impugnabilità (*Anfechtbarkeit*), ovvero annullabilità, dei negozi giuridici, successivamente ripresa e perfezionata dalla pandettistica, ma in questo quadro rigetta nettamente l'idea di un'azione di nullità, poiché non è necessario dissipare ciò che è vana parvenza ⁽⁸⁴⁾.

Sulla stessa linea si attesta Windscheid nella sua opera giovanile sulla dottrina del codice civile francese relativa alla nullità dei negozi giuridici ⁽⁸⁵⁾, di cui conviene riportare un limpido passaggio: «il negozio invalido non esiste per niente ovvero esiste dapprima con piena forza, ma può essere impugnato o rimosso. Nel primo caso non c'è bisogno di un particolare mezzo di impugnazione (*Rechtsmittel*) per far valere l'invalidità, anzi un tale

⁽⁸²⁾ Cfr. GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, cit., p. 47 ss., che si appoggia in particolare alle opere di Weismann, Skedel e Calamandrei.

⁽⁸³⁾ Cfr. GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, cit., p. 55.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, Berlin 1841, p. 536 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. WINDSCHEID *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, (Düsseldorf 1847), rist., Frankfurt, 1969, p. 1 (per la distinzione tra nullità e annullabilità), p. 29 (per il passo citato nel testo).

[*Testo non definitivo*]

strumento non è nemmeno pensabile, poiché un attacco presuppone che ci sia qualcosa da attaccare. Non solo colui contro il quale il negozio giuridico viene fatto valere può escludere il richiamo a quest'ultimo, rispondendo che esso non esiste, ma anche il giudice può negare ad esso ogni effetto, qualora la parte non allegghi questa difesa, non appena egli maturi la convinzione della nullità del negozio giuridico attraverso la trattazione della causa».

22. - Il problema dell'ammissibilità dell'azione di nullità rimane quindi ancora aperto come attestano i contrapposti orientamenti della giurisprudenza tedesca dell'epoca ⁽⁸⁶⁾.

La svolta si verifica con l'entrata in vigore del codice di procedura civile, la *Zivilprozessordnung*, ZPO, del 1879, poiché esso contiene il fondamentale riconoscimento legislativo della proponibilità in via generale dell'azione di mero accertamento, con una norma del seguente tenore (allora, § 231 CPO; oggi, § 256 ZPO): «si può proporre azione di accertamento della esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico, di riconoscimento di un documento o di accertamento della sua autenticità, qualora l'attore abbia un interesse giuridico a che il rapporto giuridico o l'autenticità o la non autenticità del documento venga subito accertato attraverso decisione giudiziale».

L'azione di nullità recupera la propria dignità di autonomo rimedio processuale legando le proprie sorti all'azione di mero accertamento, su cui la nuova scienza del processo civile costruisce buona parte delle proprie fortune ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Per l'indicazione delle fonti si rinvia a GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, cit., p. 63 ss.

⁽⁸⁷⁾ Due nomi, due testi fra tutti gli altri: WACH, *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889; CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, p. 5 ss.

Il contributo di carattere generale più recente sull'azione di mero accertamento nella letteratura tedesca è offerto da JACOBS, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, Tübingen 2005. In apertura della sua indagine, l'A. constata il progressivo ampliamento del campo di applicazione dell'azione di mero accertamento, che si è giovato di una svalutazione della nozione di «rapporto giuridico» e di un'accentuazione di significato della nozione di «interesse all'accertamento», nella ricognizione giudiziale dei presupposti dell'azione. Questa linea di sviluppo giurisprudenziale ha condotto ad assimilare molte sentenze di mero accertamento a pareri, richiesti dalle parti su questioni giuridiche più o meno astratte, disancorate da un concreto rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Ciò accade frequentemente in conseguenza di domande di mero accertamento di rapporti esauriti nel passato o viceversa solo futuri, di singoli aspetti o elementi di un rapporto, di rapporti giuridici sussistenti tra l'attore o il convenuto ed un terzo, se non addirittura tra terzi.

In particolare l'azione di nullità si delinea come una specie di azione di accertamento negativo, in cui il soggetto prende l'iniziativa processuale per far dichiarare l'inesistenza del rapporto giuridico, cioè degli effetti sorti dall'atto nullo ⁽⁸⁸⁾. Significativa è la posizione dei pandettisti che scrivono dopo l'entrata in vigore della *Zivilprozessordnung*, come Regelsberger: «Poiché in relazione al negozio giuridico nullo l'effetto giuridico previsto non si verifica, non c'è bisogno di alcuna azione della volontà per eliminarlo. Si può pensare solo ad un'azione tesa al riconoscimento della nullità, una cosiddetta azione di accertamento negativo (§ 231 CPO)» ⁽⁸⁹⁾.

22. - Il codice civile italiano del 1942 reca traccia visibile di questi sviluppi: la nullità «mutua tutti i caratteri dell'inesistenza» ⁽⁹⁰⁾. Entro la fattispecie di atto esistente ancorché nullo rientrano le ipotesi che sotto il vigore del codice civile del 1865 erano inquadrate in termini di inesistenza dell'atto.

In primo piano campeggia l'idea che *quod nullum est nullum producit effectum* e che quindi la pronuncia del giudice eventualmente chiamato a dichiarare la nullità abbia un contenuto di mero accertamento (non costitutivo).

23. - Ribadito che il tema è limitato alla disciplina della nullità ex art. 1418 c.c., pur nella consapevolezza – ampiamente esternata in precedenza – della provvisoria insufficienza di questo

All'origine di questi sviluppi l'A. vede la stessa ricostruzione dogmatica di Adolf Wach che, rinunciando a concepire l'azione di mero accertamento come l'attuazione processuale di una pretesa sostanziale al riconoscimento (Otto Bähr), l'ha profilata come istituto giuridico puramente processuale, sganciato dalla deduzione in giudizio di un concreto diritto sostanziale.

Sulla base di queste premesse, l'A. compie un solido tentativo di recuperare il collegamento tra diritto sostanziale e processo nell'azione di mero accertamento, argomentando dallo scopo del processo civile di tutelare i diritti soggettivi, nonché dalla rivalutazione della nozione di rapporto giuridico nella fattispecie del § 256, comma 1° ZPO.

In un panorama attuale relativamente povero di studi su temi fondamentali del processo e minacciato da una tendenza verso indagini microsettoriali e particolaristiche, la monografia di Jacobs merita di essere segnalata proprio perché è animata da un serio sforzo che si muove nella contrapposta direzione.

⁽⁸⁸⁾ Non vi è spazio per intrattenersi sul paradosso dell'efficacia dichiarativa. Sul punto si rinvia a FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 493 ss.

⁽⁸⁹⁾ Così, REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, p. 633. Il passo è ricordato da GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, cit., p. 68 s.

⁽⁹⁰⁾ Così, PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 195.

[*Testo non definitivo*]

discorso ad abbracciare la dimensione attuale del problema ⁽⁹¹⁾, i tratti di diritto sostanziale della nullità, da sottolineare nella prospettiva di un'indagine sulla sua azionabilità in giudizio sono i seguenti.

La nullità è una qualificazione giuridica che, in quanto tale, scaturisce da un giudizio. Esso si svolge prima di tutto sul piano extraprocessuale. Il criterio di tale giudizio è una norma giuridica che collega un effetto giuridico, cioè una regola di condotta concreta in termini di potere o di dovere, al verificarsi nella realtà del fatto descritto dalla norma come fattispecie e considerato in modo favorevole dall'ordinamento.

L'occasione del giudizio di nullità è data da una situazione di incertezza, e di contrasto tra soggetti che vi sono implicati, intorno alla corrispondenza del fatto che si è verificato con quello descritto dalla norma come presupposto degli effetti giuridici. Se il giudizio si conclude nel senso della difformità, esso attesta che tali effetti (così come previsti dalla norma giuridica per il caso della conformità) non si sono prodotti.

Quale tipo di fatto è oggetto del giudizio nullità? Possiamo valerci della seguente risposta: «Evidentemente [...] solo per un comportamento umano è possibile predisporre un modello e pretenderne nel medesimo tempo l'osservanza. Soltanto nei confronti degli individui, si può richiedere che, intrapresa una data attività, questa si svolga in un certo modo anziché in un altro, così da giustificare un apprezzamento favorevole o meno del modo in cui è stata realizzata» ⁽⁹²⁾.

Oggetto del giudizio di nullità è quindi necessariamente un comportamento del soggetto compiuto con l'intenzione e la volontà di corrispondere al modello normativo: un atto.

A sua volta l'atto è sempre l'esercizio di un potere giuridico, per cui non vi è contrapposizione tra poteri e atti, ma vi è solo differenza di angolo visuale: si contempla lo stesso fenomeno da un'altra prospettiva ⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ *Ma natura non facit saltus*: bisogna muovere dagli artt. 1418 ss. c.c. anche per andare oltre (in un prossimo contributo).

⁽⁹²⁾ Così, CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, ristampa, Milano, 1972, p. 6.

⁽⁹³⁾ Così, PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali, sanatoria ex nunc o ex tunc e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1719.

[*Testo non definitivo*]

Il giudizio di nullità può essere affidato ad una delle parti (ad esempio alla pubblica amministrazione in via di autotutela) ⁽⁹⁴⁾, ad entrambe in modo congiunto (ad es., negozio di accertamento della nullità di un precedente contratto stipulato tra le parti) o a un terzo (arbitro privato o giudice statale).

24. - L'atto nullo non è un atto inesistente, altrimenti non sarebbe possibile compiere il giudizio di nullità ⁽⁹⁵⁾. L'atto nullo è un atto giuridicamente esistente, che è oggetto di valutazione di nullità in quanto difforme dal paradigma normativo in un suo aspetto fondamentale.

Poiché l'atto nullo è giuridicamente esistente, esso è un fatto della realtà giuridica che può essere fonte di esercizio di poteri o di adempimento di doveri apparentemente scaturenti da esso. Si tratta di componenti di fatto di effetti giuridici apparenti (cioè meri fatti) ⁽⁹⁶⁾, che possono tramutarsi in effetti giuridici reali in forza della operatività della conversione (art. 1424 c.c.) ovvero di meccanismi di esaurimento o di stabilizzazione dei rapporti sul piano sostanziale, ad esempio l'usucapione e la prescrizione delle azioni di ripetizione (art. 1422 c.c.), la tardività della trascrizione della domanda di nullità (art. 2652, n. 6 c.c.).

Nella seconda metà del secolo XX, si è fatta strada l'idea che il significato giuridico della fattispecie di atto nullo non possa esaurirsi una volta per tutte nella semplice negazione degli effetti (che la norma collega alla corrispondente fattispecie di atto valido), ma debba essere individuato di volta in volta, a seconda della

⁽⁹⁴⁾ Ad es. nell'ordinamento tedesco, il ritiro di un atto amministrativo illegittimo copre, in quanto tale, anche l'ipotesi di nullità (cfr. § 48 VwVfG, in collegamento con il § 44 VwVfG). Il nuovo art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990 sembra coprire solo un frammento dell'area problematica che ha bisogno di essere disciplinata.

⁽⁹⁵⁾ In questo senso, MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, p. 188 ss.; da ultimo, SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 237 ss., p. 237

⁽⁹⁶⁾ Per la nozione di componente di fatto dell'effetto giuridico, v. indietro, e in particolare FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 432 ss.

Per una diversa ricostruzione, v. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 105 ss., specie p. 110, il quale, mettendo a frutto l'insegnamento di Massimo Severo Giannini sulla imputazione dei risultati, cioè degli effetti pratici dell'agire umano oggetto di valutazione giuridica, vede nell'atto nullo «una fattispecie priva di effetti, ma produttiva di risultati».

[*Testo non definitivo*]

considerazione degli interessi che le fattispecie di atto nullo sono chiamate a comporre ⁽⁹⁷⁾.

La nullità non è la negazione logica della validità, è una fattispecie diversa da quella valida, il cui verificarsi produce effetti giuridici totalmente o parzialmente diversi da quelli della fattispecie dell'atto valido ⁽⁹⁸⁾.

25. - Nullità e annullabilità possono essere abbracciate in un unico discorso, prima di tutto sotto il profilo sostanziale ⁽⁹⁹⁾: «tanto i motivi di annullamento, quanto i motivi di nullità operano come fatti impeditivi dell'efficacia del contratto, il che significa che in entrambi i casi con l'eccezione di invalidità si nega l'esistenza del diritto altrui affermando la presenza, nella fattispecie sostanziale, di elementi che impediscono al fatto costitutivo di dar vita al diritto di cui si discute. Uguale è anche il risultato cui conduce l'accoglimento dell'eccezione di nullità o di annullamento, ossia la dichiarazione di inesistenza delle situazioni soggettive sorte dal contratto» ⁽¹⁰⁰⁾.

Le differenze sono specifiche: così l'eccezione di nullità è rilevabile anche d'ufficio (nell'ordinamento italiano, v. art. 1421 c.c.), mentre l'eccezione di annullamento è rilevabile solo ad istanza di parte (nell'ordinamento italiano, v. art. 1442 c.c.) ⁽¹⁰¹⁾.

26. - Dal punto di vista pratico la nullità è fatta valere molto più frequentemente come eccezione a fronte dell'iniziativa della controparte diretta all'esecuzione dell'atto nullo.

Decisivo è quindi se il contratto nullo sia stato eseguito o meno: poiché la nullità non impedisce l'usucapione, né la prescrizione delle azioni di ripetizione dell'indebito (art. 1422 c.c.),

⁽⁹⁷⁾ Fondamentale sul punto nella letteratura tedesca la riflessione di PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen, 1966, p. 37 (per una definizione sintetica della sua impostazione) e *passim*; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 89 e *passim*.; v. il riesame di PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 77 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 299 (l'autore si riferisce alla nozione di fattispecie invalida, in un sistema di diritto amministrativo in cui la nullità dell'atto non trovava posto); CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, rist., Milano, 1972, p. 35 s., ove l'A. contempla il fenomeno dell'invalidità sotto l'angolo visuale della conservazione degli atti giuridici imperfetti.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 92 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 245 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Così, PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 246.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 246.

[*Testo non definitivo*]

se vi è stata esecuzione, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità arretra dinanzi al termine di prescrizione decennale delle azioni di ripetizione di quanto è stato prestato in esecuzione del contratto nullo.

L'imprescrittibilità dell'azione di nullità conserva integralmente il proprio significato solo se non vi è stata esecuzione del contratto ⁽¹⁰²⁾.

27. – Punto di partenza dell'indagine sull'azione giudiziale di nullità è lo storico incontro tra l'azione di nullità e l'azione di mero accertamento. Ci si può giovare dello inquadramento dell'azione di nullità all'interno del mero accertamento negativo, senza essere soverchiamente gravati dai problemi di quest'ultimo ⁽¹⁰³⁾.

L'azione di nullità è un'azione di accertamento negativo, che ha come *petitum* la dichiarazione di inesistenza degli effetti giuridici che la norma collega alla originaria fattispecie dell'atto ⁽¹⁰⁴⁾.

Il primo tema da affrontare, poiché la sua soluzione condiziona tutti gli altri profili processuali, è l'oggetto del processo ovvero – poiché è la stessa cosa – l'oggetto del giudicato dell'azione di nullità.

Siamo proiettati ai margini di una problematica molto controversa, come quella dei limiti oggettivi del giudicato ⁽¹⁰⁵⁾, che

⁽¹⁰²⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 94 s.

⁽¹⁰³⁾ Così non interessa approfondire se l'accertamento negativo sia una mera azione, ovvero abbia ad oggetto il diritto dell'attore all'integrità della propria sfera giuridica oppure, come sembra preferibile, il diritto di cui il convenuto si è vantato titolare sul piano stragiudiziale.

Sul punto si rinvia a ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., nonché per un'efficace sintesi dell'esperienza tedesca a DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht: Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 239-241.

⁽¹⁰⁴⁾ Per questa impostazione, v. tra gli altri PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 93 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 5a ed., Padova, 2006, p. 237 ss. Sul punto v. però le recenti perplessità espresse da ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, p. 148, in nota n. 191.

⁽¹⁰⁵⁾ Il testo classico nella letteratura italiana contemporanea è quello di MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987. Ma vedi anche, in relazione al processo amministrativo, TRZASKALIK, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß: Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses*, Berlin, 1978; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht: Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 1995 (con indagine estesa al processo costituzionale).

[*Testo non definitivo*]

per fortuna dobbiamo affrontare sotto il ristretto angolo visuale dell'oggetto del processo di nullità. Vi è poi quasi un lascito di un benefattore scomparso (il principio *quod nullum est nullum producit effectum*): nella ricostruzione dell'oggetto dell'azione di nullità non interferisce la figura del potere di modificazione giuridica o diritto potestativo, intorno al cui fatto costitutivo si possano ritagliare i limiti oggettivi del giudicato.

Non vi è dubbio pertanto che l'oggetto del processo e del conseguente giudicato è l'inesistenza degli effetti giuridici (poteri o doveri; o, se si vuole: pretese, obblighi, facoltà, soggezioni) che la norma collega alla originaria fattispecie dell'atto. Pertanto tale oggetto non muta in relazione alle singole cause di nullità che l'attore faccia valere in giudizio⁽¹⁰⁶⁾. La sentenza di accoglimento della domanda di nullità accerta l'inesistenza del rapporto. La sentenza di rigetto ne accerta l'esistenza e priva di rilevanza giuridica le cause di nullità che potevano oggettivamente essere dedotte in giudizio: il giudicato copre il dedotto e il deducibile, senza che possa aver rilievo l'ignoranza incolpevole⁽¹⁰⁷⁾.

La disciplina non dovrebbe cambiare nemmeno nei rapporti tra azione di nullità e azione di annullamento (o di rescissione), ma il discorso deve essere svolto in modo distinto, poiché interferisce la figura del diritto potestativo (in relazione all'annullamento e alla rescissione)⁽¹⁰⁸⁾, che dà origine ad una diversità di opinioni.

Ragioniamo in termini concreti. Nello stesso arco di tempo sussistono più cause di nullità, annullabilità o rescissione di un contratto (fatti impeditivi dell'efficacia del contratto). Sorge il problema se il giudicato di rigetto dell'impugnazione del contratto impedisca la proposizione di una successiva impugnazione sulla base di un fatto impeditivo già esistente, ma non dedotto nel primo processo.

Se si ritiene che oggetto del giudicato sia il diritto potestativo all'annullamento, alla rescissione, ecc., non è impedita la

⁽¹⁰⁶⁾ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 238 ss.; per l'opposta soluzione, MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, p. 891 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ L'ignoranza incolpevole delle parti rileva solo all'interno dei motivi di revocazione straordinaria (art. 395 ss. c.p.c.). Così, CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 146 ss.; ID., *Res iudicata*, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 111 ss., 121.

⁽¹⁰⁸⁾ Per un più ampio discorso e per l'indicazione delle fonti si rinvia a CAPONI, PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 2001, I, 3692.

[*Testo non definitivo*]

successiva impugnazione per un motivo di nullità⁽¹⁰⁹⁾. Se si ritiene che oggetto del giudicato sia il rapporto contrattuale nel suo complesso, il rigetto della impugnazione vale accertamento della validità del rapporto contrattuale, che non può essere rimessa in discussione da una successiva impugnazione del contratto sulla base di un fatto impeditivo già esistente, ma non dedotto nel primo processo.

Per orientarci verso la soluzione preferibile, esaminiamo in via preliminare l'ipotesi in cui le questioni di nullità, annullabilità sorgono più frequentemente in pratica: l'ipotesi in cui la controparte pretende l'esecuzione del contratto nullo, annullabile, rescindibile.

Si prospetti quindi che venga proposta azione di condanna ad una prestazione scaturente dal contratto (ad esempio, agisce il venditore per il pagamento del prezzo). Si pone il problema se oggetto del giudicato sia la singola coppia pretesa-obbligo, cioè il singolo effetto dedotto in giudizio (nell'esempio, il diritto al pagamento del prezzo) o si estenda anche al rapporto giuridico complesso (nell'esempio, l'esistenza e la validità del contratto di compravendita).

La prima soluzione espone al rischio di una forte contraddittorietà logica di giudicati: accolta in un primo processo la domanda di condanna al pagamento del prezzo, in un secondo processo la domanda del compratore indirizzata alla consegna del bene potrebbe essere rigettata per inesistenza, nullità, ecc. della compravendita. La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria avvertono correttamente l'esigenza che il giudicato si formi sull'esistenza e validità del rapporto contrattuale nel suo complesso e che, in forza del principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, sia preclusa la rilevanza di fatti impeditivi non fatti valere in giudizio⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ In questo senso, ad es., MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 15 ss., 18 ss., che concepisce tale diritto non come potestativo, ma come diritto «a pretendere i comportamenti, la cui omissione è sanzionata con le invalidazioni di cui si tratta»; nel senso di cui al testo CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 215 ss.; ID., *La cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma 'ad ogni effetto' il giudicato)*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1424 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. MENCHINI, *Limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 300 ss.; CAPONI, *Limiti oggettivi del giudicato nei rapporti complessi*, in *Foro it.*, 2002, I, 2764.

[*Testo non definitivo*]

L'esigenza di trattare in modo eguale la situazione in cui sussistono più cause di nullità, annullabilità, ecc., di un contratto, indipendentemente da chi prenda l'iniziativa processuale (se il soggetto interessato ad attuare il rapporto o se il soggetto interessato a farne dichiarare l'inesistenza o comunque a rimuoverne gli effetti), suggerisce di ritenere che, qualora prenda l'iniziativa processuale il soggetto interessato a rimuovere gli effetti del contratto e proponga azione di impugnazione negoziale, egli abbia l'onere di far valere tutti i fatti impeditivi degli effetti del contratto o del negozio deducibili (tutte le possibili cause di nullità, annullabilità, ecc.), cosicché il rigetto dell'azione di impugnazione negoziale preclude di dedurre in secondo processo i fatti impeditivi (o estintivi) già deducibili nel primo processo ⁽¹¹¹⁾.

Per conseguire questo risultato si deve ritenere che oggetto del giudicato nelle azioni di impugnazione negoziale sia l'esistenza del rapporto nel suo complesso, come lo è nelle azioni di adempimento coattivo di una prestazione scaturente da esso.

28. - In omaggio ad una tradizione di studio prevalentemente tedesca, che tratta unitariamente il tema dell'oggetto del processo di impugnazione degli atti amministrativi illegittimi e del licenziamento dei lavori dipendenti (nonché delle delibere assembleari) ⁽¹¹²⁾, si può evadere per un momento dal tema dell'oggetto del giudicato nell'azione di nullità, per osservare che il risultato appena conseguito in relazione all'azione di impugnazione del contratto può applicarsi alla omologa situazione in tema di intimazione del licenziamento (cui si deve mentalmente affiancare l'emanazione dell'atto amministrativo).

La giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento, al pari dell'errore, della violenza o del dolo, dell'illiceità della causa possono farsi valere in via di eccezione, a fronte della domanda di esecuzione del rapporto, o in via principale, tramite l'esercizio stragiudiziale o giudiziale del diritto potestativo. In particolare, nel processo di impugnazione del licenziamento le parti non discutono del diritto potestativo di licenziare (che si è estinto per consumazione, dopo il suo esercizio stragiudiziale), bensì del rapporto di lavoro che il datore di lavoro ha preteso di far cessare.

⁽¹¹¹⁾ Così, PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 ss., p. 402.

⁽¹¹²⁾ A questa tradizione si ricollega nella letteratura italiana lo studio di CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 155 ss.

[*Testo non definitivo*]

Oggetto del giudicato è il rapporto di lavoro. Se l'impugnazione del licenziamento è accolta, è accertata l'esistenza del rapporto di lavoro, che non può essere rimessa in discussione dalla rinnovazione del licenziamento sulla base di una giusta causa o di un giustificato motivo anteriore, anche se ignorato senza colpa dal datore di lavoro, salvo che l'impugnazione sia stata accolta sulla base di un vizio formale ⁽¹¹³⁾.

L'esigenza di trattare in modo eguale il datore di lavoro e il lavoratore, sotto il profilo dell'oggetto del processo di impugnazione del licenziamento, suggerisce di ritenere che, come il datore di lavoro ha l'onere di porre a fondamento del licenziamento ogni fatto che fondi una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento, così il lavoratore ha l'onere di far valere nell'azione di impugnazione del licenziamento tutti i possibili profili d'illegittimità di quest'ultimo. Oggetto del giudicato è il rapporto di lavoro. Se l'impugnazione del licenziamento è rigettata, è accertata la cessazione del rapporto di lavoro, che non può essere rimessa in discussione da una successiva impugnazione del licenziamento per altra causa di illegittimità.

Peraltro l'esercizio del potere di licenziare secondo modalità illegittime (cioè l'illegittimità dell'esercizio del diritto potestativo sotto il profilo meramente formale) normalmente non consuma il potere stesso, cosicché il potere può essere esercitato di nuovo, pur dopo il giudicato che abbia accertato l'illegittimità formale del precedente atto di esercizio ⁽¹¹⁴⁾. Siamo di fronte ad un fatto sopravvenuto (la rinnovazione del licenziamento con modalità legittime) che incide sul motivo portante della pronuncia precedente (il vizio di forma) ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ Ci pare che questo risultato sia in linea con quello raggiunto, attraverso altri strumenti (affidandosi alla figura del potere di modificazione giuridica, ma valorizzando l'onere della pubblica amministrazione di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi dell'esercizio del potere), da CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 208 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Così, Cass. 23 novembre 1989, n. 5040, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1629. In dottrina, nello stesso senso, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, p., 329; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., p. 166; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 80.

⁽¹¹⁵⁾ Il criterio del motivo portante è stato enunciato nella dottrina tedesca da ZEUNNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959, p. 33 ss.; LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 559; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 141, p. 312 s.

[*Testo non definitivo*]

In sintesi, se l'impugnazione del licenziamento è rigettata, è accertata la cessazione del rapporto di lavoro, che non può essere rimessa in discussione da una successiva impugnazione del licenziamento per altra causa di illegittimità (non può essere condiviso pertanto il principio di diritto espresso dalla sentenza in epigrafe). Se l'impugnazione del licenziamento è accolta, è accertata l'esistenza del rapporto di lavoro, che non può essere rimessa in discussione dalla rinnovazione del licenziamento sulla base di una giusta causa o di un giustificato motivo anteriore, a meno che l'impugnazione sia stata accolta sulla base di un vizio formale ⁽¹¹⁶⁾.

29. – Si è accennato indietro alle difficoltà della teoria della fattispecie, cui si ispirano anche i nostri strumenti per delimitare l'oggetto del processo e del giudicato, ad inquadrare giuridicamente le attività collegate all'esercizio dei poteri di autonomia privata e del potere amministrativo. La logica cui si ispira un'attività non è frequentemente riducibile alla sommatoria di quei singoli atti, su cui invece deve appuntarsi di regola il giudizio (sostanziale o processuale).

Riprendiamo il discorso a questo punto, perché le deficienze dei nostri attuali strumenti si manifestano con nitidezza nella teoria dei limiti del giudicato. La stessa necessità di segnare con il massimo scrupolo i limiti oggettivi, soggettivi e temporali del giudicato contrasta frontalmente con l'esigenza di assoggettare al giudizio l'attività nel suo complesso. A tal fine, non si dovrebbe isolare l'atto su cui è sorta la controversia dal contesto dell'attività, ma lo si dovrebbe inserire al suo interno. Questo è indubbiamente uno dei vantaggi dei metodi negoziali di composizione delle controversie, che non soffrono di quell'ansia di delimitazione, caratteristica del processo.

Premesso ciò, il rimedio non è quello di teorizzare astrattamente un'attenuazione dei limiti del giudicato, ma di vagliare i margini entro i quali questa discrasia può essere ridotta. Qualche margine si dischiude per esempio in relazione all'efficacia del giudicato civile nel tempo.

A tal fine si deve distinguere l'aspetto dell'accertamento giudiziale che si concreta nella dichiarazione della situazione

⁽¹¹⁶⁾ Per un più ampio discorso e per l'indicazione delle fonti si rinvia a CAPONI, PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, cit.

[*Testo non definitivo*]

sostanziale intercorrente tra le parti (ad es., inesistenza degli effetti sorgenti dal contratto o dall'atto amministrativo, stante la dichiarazione della sua nullità) da quello che si concreta nella prescrizione della regola di condotta futura delle parti (specialmente quando esse sono inserite in un rapporto durevole, che dà luogo allo svolgimento di un'attività dell'una nei confronti dell'altra).

L'aspetto dichiarativo dell'accertamento ha per oggetto effetti sostanziali preesistenti e copre di regola solo il tratto delle relazioni giuridiche delle parti che si è già svolto nel passato, non gli effetti giuridici successivi al tempo del processo.

All'aspetto dichiarativo dell'accertamento giudiziale si affianca un aspetto precettivo, che si proietta verso il futuro e descrive la condotta futura delle parti che realizza l'interesse protetto dalla situazione soggettiva accertata in giudizio. Ciò vale sia per l'accertamento di situazioni soggettive ad effetti istantanei (ad es., condanna al pagamento *una tantum* di una somma di denaro), che per l'accertamento di situazioni soggettive che si inseriscono in rapporti di durata, anche se l'aspetto precettivo del giudicato assume nel secondo caso un aspetto quantitativamente più rilevante.

Si pone così la questione relativa ai limiti temporali dell'aspetto precettivo del giudicato (cioè della qualificazione giudiziale della condotta futura delle parti) in ipotesi di accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di una facoltà e/o di un obbligo all'interno di una situazione soggettiva ad effetti durevoli. Per risolvere il problema occorre considerare che l'interesse protetto dalla situazione soggettiva, essendo durevole, prosegue ad esistere oltre il momento a cui si riferisce l'aspetto dichiarativo dell'accertamento giudiziale.

L'accertamento di una facoltà e/o di un obbligo che si inseriscono in una situazione giuridica durevole nel tempo offre il modello precettivo per le sole condotte future delle parti che realizzano quel tratto dell'interesse durevole che si è svolto fino al momento a cui si riferisce l'aspetto dichiarativo dell'accertamento giudiziale o, finché la situazione giuridica non muti per l'intervento di nuovi fatti rilevanti o di nuove leggi applicabili, anche per le condotte che realizzano il tratto dell'interesse durevole che si svolge dopo il giudicato?

[*Testo non definitivo*]

In seguito ad un'indagine di diritto positivo, a cui in questa sede non si può che rinviare ⁽¹¹⁷⁾, si è tentato di dimostrare che accertare una facoltà e/o un obbligo relativo a una situazione giuridica durevole nel tempo significa dichiarare la conformità all'ordinamento giuridico delle condotte delle parti volte a realizzare l'interesse durevole presupposto e che, finché la situazione giuridica non muti per l'intervento di nuovi fatti o di nuove leggi, non si può distinguere tra la disciplina del tratto dell'interesse durevole che precede e quello che segue il momento a cui si riferisce l'aspetto dichiarativo del giudicato. Che senso avrebbe infatti l'accertamento relativo a una situazione soggettiva ad effetti durevoli, se il suo aspetto precettivo non potesse riferirsi, a situazione giuridica immutata, anche allo sviluppo futuro della situazione soggettiva, alla sua durevolezza? ⁽¹¹⁸⁾.

30. – Dopo il cenno sui limiti oggettivi e temporali del giudicato, si deve concludere il discorso sugli specifici profili processuali della generale azione di nullità prevista dal codice civile, discorrendo della rilevabilità d'ufficio e della legittimazione ad agire.

La nullità del contratto è rilevabile d'ufficio (art. 1421 c.c.), ma ciò non costituisce alcuna deroga al principio della domanda.

Da quest'ultimo principio (la cui *ratio* è da cogliere nell'esigenza di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante, non nella autonomia privata, non nel carattere normalmente disponibile dei rapporti giuridici privati) discende l'onere dell'attore di individuare il diritto dedotto in giudizio.

Per quanto riguarda i fatti, il principio della domanda copre unicamente (rimette al monopolio dell'attore) l'allegazione di quei fatti che sono indispensabili per l'individuazione del diritto dedotto in giudizio. Ciò accade per i fatti costitutivi di diritti eterodeterminati (come i crediti pecuniari), ma non per le singole cause di nullità. Esse non contribuiscono ad individuare l'oggetto del processo. Come si è già chiarito, oggetto del processo e del conseguente giudicato di nullità è l'inesistenza degli effetti giuridici

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 80 ss.

⁽¹¹⁸⁾ La prospettiva di questa riflessione ci è stata dischiusa dalla lettura delle pagine di TRZASKALIK, *Die Rechtsschutzzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, cit.; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., p. 177 ss. Per un più ampio discorso si rinvia a CAPONI, *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, cit..

[*Testo non definitivo*]

che la norma collega alla originaria fattispecie dell'atto, indipendentemente dalle singole cause di nullità fatte valere dall'attore o rilevate d'ufficio dal giudice.

Nel caso dell'azione di nullità, il principio della domanda non è in grado di limitare in alcun modo l'applicazione dello schema generale di produzione degli effetti giuridici sul piano sostanziale *norma - fatto - effetto*, che rende ragione del principio della rilevanza d'ufficio delle eccezioni, enunciato dall'art. 112 c.p.c., e confermato per la nullità dall'art. 1421 c.c.

Alla stregua di questo schema, la norma (se del caso non solo la norma contenuta in una legge, ma anche il precetto contenuto in un atto negoziale o in atto amministrativo) detta la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni, collegando la nascita, la modifica o l'estinzione di situazioni giuridiche soggettive (poteri, doveri, soggezioni) a determinati fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi, o estintivi). L'effetto giuridico si produce sol che si verifichi il fatto previsto dalla norma, senza che sia necessario l'esercizio di alcun potere che attribuisca rilevanza giuridica a tale fatto.

Se viene dedotto in giudizio un effetto che corrisponde a questo schema, il giudice deve dichiararne l'esistenza o l'inesistenza sol che dagli atti del processo emergano i correlativi fatti rilevanti, senza che sia necessario che la loro rilevanza giuridica sia intermediata da una dichiarazione delle parti. Se si tratta di fatti costitutivi, si può parlare di fatti costitutivi che operano *ipso iure*. Se si tratta di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, avremo il fenomeno delle eccezioni di merito rilevabili anche d'ufficio ⁽¹¹⁹⁾.

Concretizzando lo schema con riferimento alla nullità del contratto: la norma è quella che sancisce la nullità, il fatto è l'atto nullo, l'effetto è configurabile non solo in termini negativi, come impedimento degli effetti dell'atto nullo, ma anche in termini positivi, come liceità della condotta dei destinatari dell'atto, che non si è conformata agli effetti apparentemente scaturenti da esso.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 68 ss.

Sulla strada della generale rilevanza d'ufficio, a prescindere dal tipo di domanda proposta (quindi anche se si tratta di una impugnazione negoziale, ad es., annullamento, rescissione, e non solo di una domanda di adempimento coattivo), v. Cass. 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corriere giur.*, 2006, 1418.

[*Testo non definitivo*]

31. - Ai sensi dell'art. 1421 c.c. la nullità può essere fatta valere non solo dalle parti del contratto (legittimate ordinarie), ma anche da chiunque vi abbia interesse.

Nell'esercitare il potere di regolamentare i propri interessi, i privati devono rispettare alcuni requisiti o alcuni limiti, fissati da norme imperative (art. 1418 c.c.). Ne segue l'opportunità che la nullità del contratto possa essere fatta valere non solo dalle parti del contratto, ma, in veste di legittimati straordinari ⁽¹²⁰⁾, anche da tutti coloro che possono subire delle conseguenze pregiudizievoli dall'esistenza del contratto nullo.

La legittimazione straordinaria è attribuita non a chiunque, altrimenti ci troveremmo di fronte ad un'azione popolare ⁽¹²¹⁾, bensì a terzi titolari di rapporti giuridicamente dipendenti da quello altrui (così, ad es., legittimato all'azione di nullità è il primo o secondo acquirente dallo stesso dante causa che abbia trascritto per secondo, il quale miri attraverso la dichiarazione di nullità del contratto trascritto per primo ad eliminare la causa di prevalenza di cui all'art. 2644 c.c.). La titolarità di qualsiasi diritto dipendente legittima il terzo a dedurre in giudizio il diritto altrui, e non solo la titolarità del diritto dipendente predeterminato dal legislatore ⁽¹²²⁾. Se agisce il terzo, l'oggetto del processo e del giudicato si estendono necessariamente all'accertamento positivo (della pretesa, della facoltà) o negativo (dell'obbligo, della soggezione) della situazione soggettiva del terzo la cui esistenza (es., diritto acquistato dallo stesso dante causa che aveva precedentemente alienato ad altri lo stesso diritto in base ad un contratto nullo) o inesistenza (es. obbligo di garantire l'adempimento del compratore) deriva dalla inidoneità del contratto a costituire la fonte di effetti giuridici ⁽¹²³⁾.

La legittimazione ad agire in capo a soggetti determinati (legittimazione relativa), individuati in correlazione alla causa di nullità e agli interessi che la previsione è chiamata a proteggere è

⁽¹²⁰⁾ Sono coloro che possono far valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui (art. 81 c.p.c.).

⁽¹²¹⁾ Sull'azione popolare, v. le classiche pagine di CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., p. 259 ss.: «l'azione popolare è un complemento utile, se è applicata in misura limitata» (p. 274).

⁽¹²²⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., Napoli, 2006, p. 294

⁽¹²³⁾ Così, testualmente, PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, cit., p. 94, in nota n. 51.

[*Testo non definitivo*]

una delle più frequenti caratteristiche differenziali delle nullità di protezione, rispetto alla disciplina generale dell'art. 1421 c.c. ⁽¹²⁴⁾.

32. – Con ciò penso di aver provvisoriamente esaurito il compito assegnatomi.

Poiché desidero mettere tempestivamente a disposizione dei partecipanti al convegno il testo di questa relazione, mi manca il tempo di mettere per iscritto le osservazioni conclusive. La lacuna sarà colmata nella versione definitiva

La consegna era chiara e penso di averla rispettata: quella di contribuire ad individuare almeno qualche elemento della cornice concettuale, entro la quale gli studiosi di diritto amministrativo possano poi impostare i problemi sollevati dalla nuova disciplina della nullità dell'atto amministrativo, senza entrare nel merito di quest'ultima.

Forse qualcuno considererà deludente e un poco rinunciatario questo atteggiamento di rigoroso rispetto delle indicazioni ricevute e si sarebbe aspettato da parte mia qualche feconda intemperanza.

Poiché però le energie di ciascuno di noi sono limitate, ho accettato di buon grado questo confine, poiché esso mi ha consentito di concentrare i miei sforzi nel compiere un ampio giro d'orizzonte, godendo del privilegio di non dovermi confrontare nel dettaglio con le mille difficili questioni suscitate dal testo dell'art. 21-*septies* della l. n. 241 del 1990.

Per la verità, il mio scrittoio è cosparso di decine di foglietti in cui ho appuntato problemi, dubbi, perplessità, confronti, abbozzi di risposte, relativi alle questioni della nullità dell'atto amministrativo. Solo un'esigua parte di questi foglietti è stata trasfusa, quasi nascosta, nelle note a piè di pagina di questo contributo.

Si tratta di promemoria per le indagini future che l'inizio di questo percorso di ricerca mi sollecita a svolgere.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. per la ricostruzione del quadro problematico e gli esempi, PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 176 ss.