

1 Sulla necessità di rileggere l'invalidità amministrativa alla luce dei valori costituzionali, v. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 617.

2 Su questi aspetti, con riferimento espresso al problema della nullità, cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 47 ss.

3 POLICE, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 462.

4 FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 606, nota 48. Tale conclusione viene tratta nel tentativo di dare un'esegesi alla controversa disposizione di cui all'art. 21-septies, comma 2, L. n. 241/1990, che prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato. Questo tema non rappresenta l'oggetto della presente ricerca, sicché in questa sede si può solo rilevare come tale norma sia stata da taluni fortemente criticata (F. Satta, Scoca), da altri considerata pressoché irrilevante, con riguardo all'appartenenza del giudizio di ottemperanza alla giurisdizione di merito (M.A. Sandulli, Chieppa). La tesi di Ferrara, invece, è più elaborata, in quanto si tenta di dare alla norma una interpretazione, magari conforme alle attuali tendenze del diritto e del processo amministrativo, ritenendosi che essa abbia recepito quell'orientamento che vuole la sussistenza di un diritto all'adempimento del giudicato, attribuendo all'accertamento giurisdizionale la capacità di trasformare una norma d'azione in norma di relazione. In tal modo si garantisce anche per gli interessi legittimi l'impiego del giudizio di ottemperanza, escludendo anche per essi l'esercizio di una nuova azione di impugnazione. Particolarmente elaborata è pure la proposta ricostruttiva di MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (Art. 21 septies della L. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543 ss., spec. 562 ss., il quale, invece, sostiene che ove si intenda far valere la pretesa all'adempimento della sentenza, oggetto del giudizio non è la nullità dell'atto (che semmai rileva solo *incidenter tantum*) ma il mancato adempimento; d'altra parte non è escluso, specie nei casi di sentenze c.d. autoapplicative, per le quali non c'è spazio per un ricorso in ottemperanza, che atti emanati successivamente alla sentenza possano essere rilevanti sotto altri profili, qualora vengano ritenuti lesivi di un diverso interesse del soggetto: in tal caso varrà il 2° comma dell'art. 21-septies, norma processuale, e la questione di nullità costituirà oggetto del giudizio e il suo accertamento avrà efficacia di cosa giudicata. Su tali problematiche v., da ultimo, lo studio di D'ORSOGNA M., *Violazione ed elusione del giudicato nella nuova disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

5 Come si vedrà, l'assunto metodologico di fondo che può trarsi dalle presenti note sta nella consapevolezza dell'esperienza giuridica nell'ambito del "pensiero del molteplice", in cui il sapere del giurista, pur essendo un sapere esegetico riflesso della pluralità e molteplicità dell'esperienza, non deve rinunciare a farsi sapere sistematico, proteso a ricercare e a costruire i legami e i nessi che consentono alle singole parti di coordinarsi e comporsi in un tutto organico e unitario, impedendo la frammentazione e il dissolvimento. Si tratta di un tema caro alla scuola messinese di teoria generale del diritto. V. per tutti FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 74 ss.; PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Id.*, *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, 669 ss. Più di recente v., fra gli amministrativisti, ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 ss. L'importanza di tale lezione è tenuta presente nelle più recenti ricostruzioni sui nuovi regimi di nullità nel diritto privato. V. per tutti i lavori di Scalisi citati alla successiva nota 31.

6 Cfr. SPASIANO, *Articolo 21 septies. Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino, 2005, 576; D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 370.

7 POLICE, *Riflessi processuali*, cit., 466.

8 In tal senso, v. SPASIANO, *Articolo 21 septies*, cit., 578.

9 V. *infra*, § 2, e soprattutto § 3.1.

10 Per restare a taluni degli scritti più recenti sul tema, si v. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss.; FERRARA L., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, VI, Milano, 2006, 5576 ss.

11 Cfr. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, Relazione al Convegno *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada – Bartoli, Siena, 22-23 giugno 2007, la cui proposta ricostruttiva verrà presa in considerazione, peraltro in chiave adesiva, soprattutto alla fine del presente lavoro, trattandosi del tema dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità.

12 A differenza di altre disposizioni contenute nella L. n. 241/1990. Si pensi, ad esempio, al richiamo contenuto all'art. 11, comma 2, L. n. 241/1990, <<ove non diversamente previsto, (a) i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili>>. Come è noto, peraltro, tale generico richiamo non ha certo risolto le molte problematiche in tema di accordi tra privati e pubblica amministrazione.

13 MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, cit., 545: <<Nullità è invece nozione formale, una creazione normativa, per esprimere la previsione – per atti che risultano gravemente difformi dal paradigma normativo – di conseguenze negative di particolare rilievo, che possono considerarsi tutte come conseguenti alla qualificazione primaria di essi quali *tamquam non essent*>>.

14 Cfr. CARDARELLI – ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla “nullità” civilistica*, in *www.giustamm.it*, i quali richiamano sul punto il noto studio di SACCO, *Nullità e annullabilità (Diritto civile)*, in *Nss. dig. it.*, XI, Torino, 1976, 455 ss.

15 La tesi riportata nel testo è tratta, se ben lo si è inteso, dal già citato studio di BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 345 ss., spec. 365-366.

16 V. *infra*, § 3.2.

17 Cfr. D’ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 370 ss.; CARDARELLI – ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo*, cit.

18 Cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 234-236, il quale mette in luce come il processo amministrativo costituisca un sistema processuale autonomo e distinto da quello civile, e osserva che, seppure al modello del processo di impugnazione non possa più essere riconosciuta una valenza generale, tuttavia ciò non esclude che siano configurabili alcuni principi generali sul processo amministrativo, nonostante l’attrazione verso il modello del processo civile.

19 Tale profilo verrà meglio considerato *infra* (§ 6), parlando del problema dell’imprescrittibilità.

20 Sui quali v. sempre BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., spec. 372 ss.

21 TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, in *www.lexitalia.it*, riguardante la dichiarazione (attraverso *annullamento*) di nullità di un atto adottato da un Ente parco pur essendo radicalmente privo di potestà, essendo l’opera in ordine alla quale esso ha negato l’autorizzazione esterna all’area su cui si esercitano i compiti di tutela paesaggistica del Parco, dunque per riscontrato <<difetto assoluto di attribuzioni>>. Evidentemente il giudice amministrativo ha la possibilità di illustrare le varie tesi sul punto (riportate nel testo), e di accedere ad una in particolare, in quanto a monte dà per sussistente la propria giurisdizione. Trattasi di tesi controversa, come testimonia la nota critica di D’ANGELO, *Nullità provvedimento e giurisdizione del giudice amministrativo: una problematica convivenza*, *ivi*. L’A., anche sulla scorta della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, ritiene di escludere nel caso di specie la giurisdizione del giudice amministrativo, poiché <<l’atto affetto da nullità, costituendo negazione dell’esercizio di potere autoritativo, non sarà scrutinabile dal G.A., pur in sede di una contemplata giurisdizione esclusiva (tanto più in sede di giurisdizione di legittimità) mancando quel dialogo tra potere e posizioni di interesse legittimo che costituisce l’essenza dell’operare della giurisdizione del G.A.>>. Si tratta, quindi, di affrontare la questione in termini più ampi, partendo dal problema della giurisdizione e dell’interesse legittimo. V. *amplius infra*, § 3.3.

22 Sull’azione di accertamento in materia di nullità v. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 346-348, nota 7, il quale ricorda come fu Falzea a precisare la concezione chiovendiana dell’azione di nullità come azione meramente dichiarativa, evidenziando la necessità di passare da una concezione soggettiva ad una oggettiva di incertezza. In seguito la dottrina ha contestato la nozione di mero accertamento, ritenendo che fattispecie dell’azione di nullità, e fondamento del giudizio, sia il negozio nullo e non già l’incertezza sulla validità. Così FILANTI, *Nullità. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1991, 8. Più di recente, quest’ultima impostazione è stata a sua volta criticata, perché si è detto che la tesi di Filanti perviene al medesimo risultato raggiunto dai sostenitori della tesi tradizionale, <<in quanto un atto simile, contenente tanto elementi di efficacia quanto di inefficacia, non è altro che un negozio la cui qualificazione giuridica è oggettivamente incerta e che come tale rende indispensabile l’accertamento del giudice per stabilirne la validità o la nullità>>. Così PECCENINI, *Art. 1421*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto – Delle obbligazioni*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998, 164; critici anche BONFILIO – MARICONDA, *L’azione di nullità*, in *Alpa*, Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, IV, 1, in *Giur. sistematica di dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, 478 ss. A tali critiche BARTOLINI, *op. e loc. ult. cit.*, aggiunge la constatazione che la tesi di Filanti <<mal si concilierebbe con la specialità del provvedimento amministrativo in cui l’azione di nullità tende solo ad impedire la realizzazione dei risultati prodotti dalla fattispecie amministrativa nulla: non esiste, invece, un interesse processuale ad ottenere l’esecuzione del provvedimento nullo, visto che l’amministrazione lo può portare ad esecuzione in via di autotutela. Si tratta, dunque, di un’azione di accertamento in cui il ricorrente mira a rimuovere l’incertezza sul se i risultati abbiano o meno una dimensione di effetti giuridici.>>.

23 Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss.; AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall’interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1241 ss.; PROTTO, *E’ crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 1999, 1067 ss.; RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, spec. 143 ss.; COMPORTE,

*Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; *contra* OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002. Per ulteriori richiami bibliografici e giurisprudenziali, v. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 575-583; ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 601 ss.

24 Sulla "grande dicotomia", v. in filosofia del diritto BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1980-1982), ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss.; in storia del diritto, MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 374 ss. Fra gli amministrativisti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1 ss.

25 ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

26 In genere si va da approcci che negano alla norma effettiva rilevanza (v. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) ad altri che le assegnano una potenziale portata eversiva e disgregatrice del sistema amministrativo fondato sull'interesse pubblico (v. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, *ivi*). In PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, in *La pubblica azione e la sua amministrazione*, cit., la critica si incentra essenzialmente sulla mancanza di un fondamento dogmatico di un potere non autoritativo in capo alla p.a. Secondo MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 652, <<se rimane fermo il principio di legalità dell'agire amministrativo nel senso di predeterminazione di una norma dell'agire da parte dello stesso potere esecutivo, gli atti della P.A., anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi (...) bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi, con le caratteristiche e le problematiche proprie degli atti amministrativi>>. Cfr. anche il denso lavoro di TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661, la quale, oltre a criticare l'idea che il contratto possa essere permeabile alla realizzazione dell'interesse pubblico, critica il processo di svalutazione del dato formale, processo che suggerisce l'idea di fungibilità fra forme proprie del diritto pubblico e del diritto privato, contestando altresì il rifiuto della distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo e chiamando a riprova le argomentazioni della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale. Interessante notare come, per sostenere il proprio argomento basato sul legame fra interesse pubblico e pretese dei privati, venga effettuata una distinzione col rapporto processuale, ove invece <<interesse dei privati e *interesse della parte pubblica* si presentano contrapposti>> (686-687).

27 Come dimostra la (ri)proposizione, verrebbe da dire programmatica, di un inedito saggio di BENVENUTI F., *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in apertura della nuova rivista *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2007, 5 ss., saggio dal quale è tratto il virgolettato nel testo.

28 Sulla sostanziale neutralità delle categorie privatistiche, v. RESCIGNO, *L'itinerario del privatista*, in [www.grupposanmartino.it](http://www.grupposanmartino.it).

29 Cfr. da ultimo le lucide considerazioni di ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005.

30 Tale condivisibile approccio metodologico ha portato certa dottrina a teorizzare l'irriducibilità del modello di responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi al modello di responsabilità del privato per lesione di diritti soggettivi. Cfr. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003.

31 Si allude agli scritti di SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 489 ss.; Id., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, entrambi ora in Id., *Categorie e istituti del diritto civile. Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, rispettivamente 647 ss., 683 ss. Le suggestioni provenienti dalla più moderna dottrina privatista sono oggi riprese, e riadattate al diritto amministrativo, da D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004. Su tali aspetti si rinvia ai successivi §§.

32 CARDARELLI – ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo*, cit.

33 V. *supra*, nota 31. Se poi si volesse, in chiave ancora più generale, declinare il problema dell'efficacia/validità degli atti dei pubblici poteri in termini di legittimazione politica delle decisioni d'apparato, non potrebbe non vedersi – almeno sotto tale aspetto – un ritorno ad una legittimazione di tipo soggettivo, tanto più ampio quanto più si riducono i valori materiali che stanno alla base delle scelte del decidente, ed essi appaiono altresì espressione di una decisione di sistema (l'economia di mercato e in libera concorrenza). Per tali suggestioni v. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 97 ss.; SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 662.

34 ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

35 Cfr. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, *ivi*, 2006, 1 ss.; ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit. Sul punto sia consentito il richiamo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche (della

dottrina non solo amministrativistica, ma anche e soprattutto processualcivilistica) a TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in corso di pubblicazione presso la casa editrice ESI, Napoli.

36 Cfr. FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 81; D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 369-370; SPASIANO, *Articolo 21 septies*, cit., 577.

37 V. *infra*, § 5.

38 FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, cit., 83.

39 Cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 374-376.

40 Cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 351; SPASIANO, *Articolo 21 septies*, cit., 576; DE FELICE, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 929; CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

41 Perciò si fa rinvio alla chiara esposizione di TRAVI, *Lezioni*, cit., 55 ss.

42 MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

43 Si rifà invece al concetto di imperatività, BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 355.

44 Si tratta del lavoro di CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, cit., spec. 617 ss.

45 *Contra* CANNADA – BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 38: «Un atto per essere disapplicato dovrebbe essere applicabile; l'atto nullo, in quanto intrinsecamente inefficace, non tanto è disapplicabile, quanto, per definizione, non può essere applicabile».

46 Come è noto, molteplici sono, al contrario, le tecniche impiegate dal giudice amministrativo al fine di riconoscere l'applicabilità del regime di semplice annullabilità rispetto a provvedimenti assunti in assenza di una effettiva investitura legislativa, dunque non attribuendo pieno rilievo alla portata prescrittiva del principio di legalità. Cfr. sul punto BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 247 ss.

47 Secondo DE FELICE, *Le tecniche di tutela*, cit., 927, con riguardo al difetto assoluto di attribuzioni, «Non è chiaro cosa accada nei rapporti tra Stato e Regioni e tra Regioni e enti minori, soprattutto in una fase in cui si sconta il fatto che il legislatore costituzionale del 2001 è ricaduto nella c.d. *trappola materialistica*, nella suddivisione delle materie, che a volte esse sono sub-materie, a volte sono diversi punti di vista, a volte sono contitolarità di funzioni, a volte sono solo obiettivi da raggiungere. Deve tenersi presente anche la funzione attualmente espletata da altri organismi non rientranti nella classica suddivisione ministeriale dello Stato, come le agenzie e ancora di più le Autorità indipendenti».

48 D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., *passim*.

49 D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 270.

50 V. per tutti ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1117 ss.

51 TOMMASINI, *Nullità. b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 868-869.

52 SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., 686-687.

53 SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 666.

54 SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., 687. Sul punto, e più in generale sui caratteri di effettiva separabilità del regime del negozio affetto da nullità a seconda degli interessi protetti, v. anche POLIDORI, *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.

55 D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 265 ss., spec. 267, secondo la quale, fra l'altro, «La riconduzione ad unità del sistema delle invalidità passa, pertanto, attraverso la riaffermazione del ruolo decisivo che la concretizzazione dell'interesse pubblico assolve nel complesso processo decisionale dell'amministrazione, e di come essa possa intercettare il problema della valutazione in termini di nullità della fattispecie provvedimentale».

56 D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 365, 370 ss.

57 Sulla comprensione della nullità – insieme all'annullabilità – nel quadro dell'invalidità, a differenza dell'inesistenza, che viceversa non prospetta alcun problema di qualificazione giuridica, v. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 870, 872-873. Più di recente la dottrina è ricorsa al concetto di “risultato” al fine di recuperare nell'ordine giuridico l'atto nullo e per reimpostare su basi nuove la sempre problematica distinzione fra inesistenza e nullità. Cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., spec. 96 ss.; Id., *Nullità e risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 82 ss. Per una critica a tale tesi v. D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 67 ss., la quale, riprendendo il pensiero di Scoca, ritiene, fra l'altro, che «il rapporto tra realtà concreta ed effetti giuridici non risulta apprezzabile sul piano strettamente giuridico per il particolare modo di atteggiarsi del provvedimento (e del negozio) quale fattispecie precettiva nella dinamica di produzione giuridica. L'effetto proprio che normativamente segue alla fattispecie – provvedimento (e alla fattispecie – negozio) va collocato, infatti, sul piano normativo astratto, e non è anche valutabile direttamente in termini di situazioni effettuali concrete» (72).

58 Cfr. sul punto ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1136-1137. L'alternativa sarebbe quella di ritenere che l'invalidità degli atti dei pubblici poteri possa assumere la sola veste dell'annullabilità. Se da un lato ciò non è più possibile, vista l'espressa previsione di cui all'art. 21-*septies*, si ritiene comunque che il contrasto fra fattispecie valida e fattispecie invalida non vada enfatizzato, tanto più ove anche la fattispecie viziata dalla forma più rilevante di invalidità può (in determinati casi) prestarsi a produrre effetti giuridici. Per una recente prospettiva volta a separare in modo netto nullità e annullabilità, considerandosi la prima rifiuto e negazione di giuridicità, la seconda fattispecie valida caratterizzata dalla risolubilità degli effetti, v. IRTI, *Concetto giuridico di <<comportamento>> e invalidità dell'atto*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2765 ss.

59 E' osservazione abbastanza diffusa che la c.d. nullità relativa, oltre ad alterare la "purezza" del modello della nullità, indica fattispecie che sarebbe meglio qualificare in termini di annullabilità. Cfr. PECCENINI, *Art. 1421*, cit., 168; BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 474. Peraltro sovente nella nullità relativa la caratteristica limitazione dei legittimati all'azione si lega alla limitazione dell'azione anche nel tempo. Cfr. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 899. Bisogna osservare, comunque, come la moderna dottrina civilistica (cfr. SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., 688 ss.) appaia poco propensa ad inquadrare nel tradizionale e consolidato schema delle nullità relative le nuove forme di nullità di protezione. Tale soluzione appare insufficiente e riduttiva, di ripiego, non adatta a ricomporre a sistema la frammentazione della fattispecie di nullità, che come si è detto è divenuto elemento di quotidiana constatazione del civilista.

Può essere interessante notare come un problema non troppo dissimile si sia posto con riguardo alla qualificazione del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Per mitigare il trattamento processuale della nullità, si è allora parlato di nullità relativa o speciale. Critico rispetto a tale impostazione è SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.giustamm.it*, il quale, fra l'altro, osserva come in tali casi la nullità non sembri differire dall'annullabilità del contratto.

60 Cfr. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

61 Non è certo strano che autorevole, e moderna, dottrina ritenga che: <<Nel diritto sostanziale amministrativo i soggetti non hanno posizioni paritarie: i soggetti pubblici sono di norma titolari di poteri e i soggetti privati di interessi legittimi. C'è pertanto un notevole squilibrio, che non può in alcun modo riflettersi sul piano processuale; nel quale la parte pubblica, anche se difende in giudizio interessi pubblici, non può che avere posizione e poteri del tutto equivalenti a quelli delle parti private>> (corsivo di chi scrive). Così SCOCA, *I principi del giusto processo*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 156. Riprende tale insegnamento POLICE, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti), I, Torino, 2006, 513, nota 86. Per un recente invito a considerare l'art. 111 Cost. come norma che non riguarda solo il piano soggettivo riguardante la piena serietà e imparzialità del giudice, ma anche quello oggettivo-funzionale riguardante le parti e la struttura del rapporto controverso, v. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., 40-46. Anche in studi più risalenti, dedicati ai rapporti fra giudizio civile ed amministrativo, veniva spesso sottolineata la necessità di non fare esercitare nessuna influenza, nella ricostruzione dei caratteri del processo amministrativo, al <<fatto che parte necessaria sia una p.a., perché per il solo fatto che si è arrivati al processo e che nel processo i soggetti in lite devono avere parità delle armi, la medesima deve essere considerata non diversamente che qualsiasi altro soggetto processuale>>. Così VERDE, *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1985, V, 169. Più di recente, sostiene che il riconoscimento all'amministrazione di una posizione di supremazia nel processo comporti la violazione dell'art. 24 Cost., CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 252, 255. Invece, quel che più conta mostrare è che già parecchi anni prima della riforma dell'art. 111 Cost., autorevole dottrina (F. BENVENUTI), pur nota per le sue posizioni sorvegliate sul punto, rovesciava il discorso condotto sul *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 910, in un ultimo paragrafo, significativamente intitolato <<Valutazione critica del sistema adottato e prospettive di evoluzione>>. Oltre al richiamo ai principi che la Costituzione ha dettato in tema di rapporti fra l'amministrazione e i cittadini, si sosteneva quanto segue: <<Proprio perché al momento del giudizio il potere non può e non deve mantenere la sua forza autoritaria ed assoluta, ma deve piegarsi agli schemi della situazione soggettiva e costituire il termine di un rapporto intersoggettivo, riesce possibile pensare che anche il giudizio amministrativo debba divenire giudizio su rapporti e che pertanto la sentenza amministrativa sia suscettibile anch'essa di accertare definitivamente un rapporto e di allacciare la propria forza alla consistenza di questo rapporto (...)>>; e in nota (58): <<In realtà, in tanto la giurisdizione amministrativa conquista il carattere di vera giurisdizione e si affranca dall'amministrazione, in quanto scompaiano dal giudizio le tracce di una amministrazione in veste di autorità; in quanto cioè il rapporto non rimanga nella disponibilità dell'amministrazione quando esso formi l'oggetto del giudizio>>. Per ulteriori approfondimenti sul punto v. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Ad. Plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss.; TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, cit.

62 V. per tutti BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 628, nota 51. In giurisprudenza v. ad es. Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2001, n. 338, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 72.

63 PECCENINI, *Art. 1421*, cit., 165; BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 466.

64 BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 468.

65 BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 387; SPASIANO, *Articolo 21 septies*, cit., 578-579, nota 99.

66 La questione viene da noi trattata nella già richiamata monografia sul ricorso incidentale nel processo amministrativo, specie affrontandosi il problema dei rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale.

67 Sull'evoluzione della funzione della nullità nella fenomenologia giuridica v. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 875 ss.

68 SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 657-658.

69 Cfr. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit., secondo il quale possono trovarsi argomenti a conferma dell'ipotesi secondo cui la nullità nel diritto amministrativo possa servire a proteggere l'interesse pubblico già nelle vicende che hanno portato il Consiglio di Stato negli anni '90 del secolo scorso a giustificare l'introduzione di nullità testuali, come strumento di salvaguardia nei confronti dello stesso potere pubblico, in ipotesi di mancanza di potenziali ricorrenti (essendo il privato normalmente beneficiario dei provvedimenti invalidi in questione), ovvero per le remore dell'amministrazione ad esercitare i propri poteri di autotutela.

70 Peraltro, la tesi enunciata alla nota precedente non esclude certo che vi possano essere casi di nullità la cui previsione appare funzionale alla tutela dell'interesse del privato, come nell'ipotesi paradigmatica della nullità conseguente alla violazione od elusione del giudicato e nelle ipotesi di incompetenza assoluta e di difetto degli elementi essenziali del provvedimento.

71 Trattasi di acquisizione ormai consolidata presso la dottrina civilistica. V. ad es. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 97 ss.; ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 487; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003, 18 ss.

72 V. ad es. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere*, in *Annuario Aipda 2002. Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, 383 ss.

73 SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., 693-694.

74 Si tratta del d.d.l. n. 679 (d'iniziativa del senatore Benvenuto) avente ad oggetto <<Disposizioni per l'introduzione della class action>> che prevede l'introduzione nel testo del Codice del consumo dell'art. 141-bis rubricato *Class Action*. In arg. TRISORIO LIUZZI, *I meccanismi processuali di tutela del consumatore*, in *www.judicium.it*, 20 febbraio 2007, spec. § 7.

75 Cfr. TAR Lazio, sez. I, 23 novembre 2005, n. 1371, in *Giur. it.*, 2006, 2427 ss., con nota di PIAZZA, *Spunti critici in tema di legittimazione all'impugnazione di provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dal lato del consumatore*.

76 PIAZZA, *Spunti critici*, cit., 2437-2438.

77 Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 877, secondo cui, inoltre: <<la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del carattere competitivo al punto da allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere>>. Cfr. anche Cass., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 2. Come è noto, tale importante decisione ha ammesso la legittimazione del consumatore e delle relative associazioni a proporre l'azione di nullità di una intesa restrittiva in materia assicurativa e a richiedere il conseguente risarcimento dei danni. Sul fondamentale ruolo del giudice amministrativo nella costruzione e delimitazione del potere di regolazione, anche attraverso un'ampia interpretazione dell'interesse e della legittimazione al ricorso, v. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 80 ss.

78 SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., 691-692.

79 ZITO, *Il difficile rapporto tra l'interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione*, in *www.giustamm.it*, il quale teorizza, proprio sulla base di una più realistica considerazione della pluralità degli interessi che si intrecciano incessantemente nelle relazioni di mercato, una rilettura della tutela della concorrenza fondata sul diritto di scelta. In buona sostanza, si tratta di ancorare la tutela della concorrenza al concetto di libertà (art. 41, comma 1, Cost.), sia dell'imprenditore, sia del consumatore, che operano secondo la logica della razionalità economica. Sicché la finalità ultima della disciplina antitrust non va apprezzata solo sul terreno dell'efficienza economica, bensì anche su quello della libertà di agire degli attori del mercato.

80 BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 473.

81 Cfr., anche per riferimenti giurisprudenziali anteriori al 2002, BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 387 ss.

82 Cfr. Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2004, n. 20548, in *Dir. e giust.*, 2005, 69; 14 dicembre 2004, n. 23292, in *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 1; sez. I, 19 gennaio 2005, n. 1097, *ivi*. *Contra* sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, *ivi*, f. 4.

83 BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 494-495. Tale assunto giurisprudenziale è accolto da FILANTI, *Nullità*, cit., 10.

84 In questo senso IRTI, *Risoluzione del contratto nullo*, in *Foro pad.*, 1971, 741; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 628; PECCENINI, *Art. 1421*, cit., 174.

85 AMATO, *Risoluzione e rescissione del contratto nullo*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 443 ss.

86 Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 5 marzo 1992, n. 5, in *Foro amm.*, 1992, 330.

87 Cons. St., sez. IV, 6 novembre 1996, n. 1190, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1684. Anche la giurisprudenza civile dominante esclude la convertibilità d'ufficio delle cause di nullità invocando la violazione del principio dispositivo. La ammette, invece, una certa dottrina, richiamando il principio di economia processuale (BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 504) ovvero l'operatività del principio della rilevabilità d'ufficio (PECCENINI, *Art. 1421*, cit., 177). Altra questione è quella dei rapporti nullità/annullabilità e rilievo officioso del giudice. Nel caso di esercizio dell'azione di annullamento si ritiene che il giudice possa, per la rilevabilità d'ufficio, verificare in via meramente incidentale la nullità. Così BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 503. Diversa ancora l'ipotesi di "riduzione" officiosa dalla domanda di nullità in domanda di annullamento. Una certa dottrina l'ammette, invocando il principio della libera applicazione del diritto da parte del giudice e del relativo potere di interpretare la domanda svolta dalla parte, al di là della sua letterale enunciazione. Così PECCENINI, *op. e loc. ult. cit.* Altra dottrina è di contrario avviso, ritenendo che l'annullamento e la declaratoria di nullità configurino effetti diversi e postulino quindi la proposizione di domande giudiziali distinte e non convertibili reciprocamente dopo l'instaurazione del giudizio. Così BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 502. In ogni caso, vi è da rilevare come tali (irrisolte) questioni siano particolarmente importanti per i casi di nullità nel processo amministrativo, vista la non sempre agevole distinguibilità dei vizi che portano all'annullamento e di quelli che portano alla declaratoria di nullità. Sul punto v. comunque *infra*.

88 TAR Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, in *Giur. it.*, 1989, III, 1, 149, con nota di CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*.

89 Sulle varie tesi (annullabilità, nullità, disapplicabilità), v. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, 2000, 61 ss.; CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 353 ss.

90 CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo*, cit., 157 ss.

91 Da VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 847 ss., spec. 857 ss.

92 Così BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 290-291, il quale desume i caratteri di quella che chiama inapplicabilità comunitaria, avvicinandola al regime della nullità provvedimentoale, dalla sentenza della Corte di Giustizia *Ciola* (29 aprile 1999, causa C-224/97). Vi è da dire sul punto che la dottrina menzionata alla nota precedente ha dimostrato come il caso deciso nella suddetta sentenza non rappresenti un vero esempio di disapplicazione sulla base del diritto comunitario di un provvedimento non impugnato tempestivamente.

93 CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo*, cit., 153.

94 BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 389-390: <<Si ripropongono, pertanto, anche se in forma più limitata, gli ordini di problemi affrontati nel diritto civile. In questo ambito merita sicuramente adesione l'indirizzo che ha criticato la giurisprudenza diretta a limitare la rilevabilità d'ufficio alla nullità *in malam partem*, poiché il sindacato sul provvedimento nullo è sempre preliminare a qualsiasi altra questione e soprattutto perché, sul punto, non esistono limitazioni legislative di sorta>>.

95 CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit. Cfr. anche CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 1676 ss., il quale si pone il problema della validità anche per il giudizio amministrativo della tesi della Cassazione secondo cui la nullità può essere rilevata d'ufficio solo in caso di giudizio inaugurato da una domanda di esecuzione di un contratto. Trasposta nel processo amministrativo, tale regola determinerebbe – per l'applicazione del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato – l'impossibilità per il giudice amministrativo di dare alla parte un'utilità superiore rispetto a quella rivendicata (dall'annullamento alla nullità). Sul punto si è già rilevato *supra* (nota 87) che la dottrina, nel caso di esercizio dell'azione di annullamento, ritiene che il giudice possa, proprio per la rilevabilità d'ufficio, verificare in via meramente incidentale la nullità. Così BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 503.

96 DE FELICE, *Le tecniche di tutela*, cit., 932.

97 Da SCOCA, *Conclusioni*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, Supplemento al n. 6/05, *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di Sandulli M.A., 87.

98 § 1.

99 Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., *passim*.

100 ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653 ss.

101 V. sempre ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

102 Con riguardo ai rapporti fra modifiche alla L. n. 241/1990 e processo amministrativo (artt. 21-*septies*, 21-*octies*, comma 2, nuovo art. 2, comma 5), v. i rilievi di FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, cit., *passim*. Con particolare riguardo all'art. 21-*octies*, comma 2, L. n. 241/1990, v. CORLETTI, *Vizi <<formali>> e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss. Ma gli esempi di questa tendenza possono continuare. Si pensi ai problematici rapporti fra semplificazione processuale e giusto processo regolato per legge, con riguardo alla decisione anticipata nel merito del ricorso prevista ai sensi degli artt. 3 e 9 della L. n. 205/2000. Cfr. sul punto SCOGNAMIGLIO, *La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 122 ss.; SATTA, *I riti abbreviati: tra giurisdizione e amministrazione*, in *www.giustamm.it*. Più di recente, appare criticabile, anche qui per violazione del principio della domanda (art. 24 Cost.), la scelta compiuta dal Codice dei contratti, nella disciplina sulla tutela cautelare *ante causam* (art. 245), di prevedere che il Presidente possa d'ufficio revocare o modificare il provvedimento cautelare. Cfr. SAITTA F., *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*, in *www.giustamm.it*; GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, *ivi*.

103 PROTO PISANI, Nota a Cass., n. 1127 del 1970, in *Foro it.*, 1971, I, 1908.

104 V. sul tema FERRI, *Sulla effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 780 ss. Entra qui in gioco il principio del contraddittorio "verticale" (o con il giudice), che si differenzia da quello "orizzontale" (o tra le parti), in cui occorre porre le parti in una posizione di eguaglianza formale, attribuendo ad esse facoltà di controdeduzione rispetto all'allegazione dei fatti, nonché alle iniziative probatorie ed alle argomentazioni dell'altra parte. Cfr. per questo aspetto NASI, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, 1961, IX, 720 ss. Nel primo caso, invece, è necessario garantire alle parti il diritto di replicare e controdedurre rispetto alle iniziative e ai poteri esercitati d'ufficio dallo stesso giudice. Si tratta di un modello presente ad esempio nel codice di procedura civile francese, all'art. 16 (<<il giudice deve, in ogni circostanza, far rispettare e rispettare lui stesso il principio del contraddittorio>>), e deducibile anche dall'art. 183 c.p.c. nostrano (comma 4° dopo la riforma del 2005). Come è stato ben evidenziato, nel contraddittorio verticale il giudice deve farsi carico di garantire il diritto di difesa rispetto a poteri unilaterali da esso stesso esercitati, e ciò comporta <<una profonda revisione del canone della neutralità del giudice, individuando proprio nella regolarità e nell'adeguatezza del contraddittorio (...) l'indispensabile garanzia di imparzialità dello *ius dicere*>>. Così COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988, 16-17. Sempre secondo COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 362-363: <<il vero limite processuale, che le garanzie costituzionali del <<giusto processo>> esigono gli venga ormai fissato come inderogabile, è identificato dal divieto di pronunziare sentenze <<a sorpresa>>, su qualsiasi questione di fatto e/o di diritto, sia pur rilevabile *ex officio*, che lo stesso giudice avrebbe dovuto, nel rilevarla, previamente *indicare* alle parti e che queste, conseguentemente, non abbiano avuto alcuna preventiva possibilità di discutere e/o di confutare adeguatamente, in un contraddittorio pieno>>. Per un'interessante ripresa della distinzione sopra accennata, al fine di esaminare il contraddittorio dinanzi alle autorità indipendenti, CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss., spec. 69-70.

105 Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2002, n. 14637, in *www.judicium.it*, con nota adesiva di LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza <<rivoluzionaria>>?*. Ad avviso di quest'ultimo Autore, la dichiarazione di nullità della sentenza è il provvedimento più conforme agli artt. 24 e 111 Cost., perché spesso il rilievo d'ufficio stimola l'allegazione di nuovi fatti, se non anche la proposizione di domande nuove. Non solo. Anche quando le questioni rilevate sono di puro diritto, il principio del contraddittorio costituisce comunque esplicazione del postulato che una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata.

106 BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 501.

107 FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, cit., 80-81.

108 BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 500.

109 Cfr. CARDARELLI – ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo*, cit.; D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 371. Invero, la rilevabilità d'ufficio della nullità non appare più disposizione eccezionale una volta che la si distingua dal principio della domanda, e si richiami invece il principio *iura novit curia*, facendo rientrare le ipotesi di nullità nello schema generale: norma – fatto – effetto. Cfr. sul punto PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 69, nota 14, 94, nota 51. Il medesimo discorso potrebbe valere per l'art. 21-*octies*, comma 2, prima alinea. Così FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, cit., 601. Sul punto, ci si permette di richiamare ancora TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, cit.

110 Cfr. BENVENUTI F., *Processo amministrativo. a) Ragioni e struttura*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 454 ss. Sulla dialettica ordinamentale tra <<verità>> e <<certezza>> v. da ultimo ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di <<certezza>>: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

111 SPASIANO, *Articolo 21 septies*, cit., 579, nota 101.

112 POLICE, *Riflessi processuali*, cit., 466.

113 CARDARELLI – ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo*, cit.; D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 371-372.

114 Su tali questioni v. PECCENINI, *Art. 1421*, cit., 178 ss.; BONFILIO – MARICONDA, *L'azione di nullità*, 508 ss.

115 DE FELICE, *Le tecniche di tutela*, cit., 932-933; CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit.

116 Del resto si tratta delle medesime conclusioni cui perviene CHIEPPA, *op. e loc. ult. cit.* Diversamente DE FELICE, *op. e loc. ult. cit.*, ritiene che in tal caso l'azione risarcitoria sarebbe soggetta a tempi indefiniti, sicché bisognerebbe operare non già sul requisito della ingiustizia, ma su quello della colpa, applicando il principio di cui all'art. 1227 c.c. Si tratta di un assunto non condivisibile, in quanto in contrasto con la più convincente idea di distinguere l'azione di nullità dalla richiesta di risarcimento dei danni, soggetta agli ordinari termini di prescrizione.

117 BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 391, nota 134.

118 POLICE, *Riflessi processuali*, cit., 457, il quale ritiene che l'azione risarcitoria vada proposta al giudice ordinario anche nel caso di azioni di nullità esperite dinanzi al giudice amministrativo in quanto la previsione di cui all'art. 7, comma 3, L. n. 1034/1971 radica la giurisdizione amministrativa per i diritti patrimoniali consequenziali ad una pronuncia costitutiva di annullamento, almeno secondo la giurisprudenza che richiede la pregiudiziale di annullamento. Trattasi, se ben s'intende, di una riproposizione, con specifico riferimento all'azione di nullità, della tesi secondo cui l'art. 7 della L. n. 205/2000 avrebbe apportato una deroga (per ragioni di connessione) alla regola secondo la quale il giudice della tutela risarcitoria è il giudice ordinario. Tale tesi, sostenuta peraltro da autorevole dottrina (A. Romano, C. Consolo, F.P. Luiso), non è stata condivisa dalla Cassazione (che l'ha definita <<tutta civilistica>>), con le ormai note ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006.

119 ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

120 Che si tratti di azione a tutela di un interesse legittimo è assunto ormai pressoché pacifico, anche alla luce della nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

121 Cfr. Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, in *www.giustamm.it*, con nota di PELLEGRINO, *Pregiudiziale: il GA non abbia paura. La V Sezione apre alle "SSUU"*. Sulla possibilità che il legislatore preveda termini brevi di prescrizione per la proposizione dell'azione risarcitoria da parte di chi lamenti un danno da provvedimento amministrativo, v. ROMANO TASSONE, *Sui fondamenti della c.d. "pregiudiziale amministrativa"*, *ivi*.

122 D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 372.

123 V. Cons. St., sez. IV, 4 agosto 1998, n. 1128, in *Foro amm.*, 1998, 2044 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO, *Brevi osservazioni in tema di termini per la proposizione dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo*.

124 SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*

125 VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. 636 ss.

126 OLIVIERI, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 16 ss., spec. 39-40.

127 ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit., la cui tesi è riportata nel testo. Trattasi di un problema centrale, come testimonia l'opposta prospettiva volta a ritenere tuttora operante la pregiudiziale di annullamento considerando il termine di decadenza non già un profilo di mero rilievo processuale, ma più ampiamente l'essenza stessa dell'interesse legittimo. Così MOSCARINI, *Giurisdizione e pregiudiziale di annullamento. Riflessioni in attesa della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*.

128 In passato si è autorevolmente sostenuto che l'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo andasse esperita nel termine decadenziale di sessanta giorni sulla scorta di un'accezione ampia del concetto di illegittimità, e quindi andando a ricomprendere la nullità nel disposto di cui all'art. 36 T.U. Consiglio di Stato. In tal senso LENTINI, *Termine di impugnativa degli atti assolutamente nulli*, in *Nuova rass.*, 1949, 1141; LESSONA, *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi*, in *Foro pad.*, 1950, 32 ss.; CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, 385, nota 30. Secondo ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit., il trattamento processuale della nullità del provvedimento può essere ricondotto ad unità di regime solo enfatizzando il ruolo dell'interesse pubblico nella definizione delle categorie giuridiche su cui si fonda la garanzia del privato, ma, in tal modo, la dottrina (non solo quella più risalente, ma – come si è visto – anche quella dei giorni nostri) rischia di svuotare l'utilità pratica della figura, appiattendone la fisionomia su quella dell'annullabilità.

129 Così, invece, DE FELICE, *Le tecniche di tutela*, cit., 932.

130 Del resto, alla dottrina più avvertita è sempre apparsa piuttosto opinabile la logica giurisprudenziale secondo cui anche in un modello di giudizio non impugnatorio – quale è quello riguardante il silenzio-rifiuto – il ricorso debba essere proposto nel termine ordinario di decadenza. Cfr. TRAVI, *Lezioni*, cit., 212.

131 ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

132 SCOCA, *Conclusioni*, cit., 87.

133 Da ultimo ribadisce i principi affermati dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 4/2003, Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3034, in *www.giustamm.it*. Si attende il prossimo pronunciamento della Plenaria, chiamata a valutare nuovamente la questione della pregiudiziale amministrativa dall'ordinanza di rimessione n. 75/2007 del CGA per la Regione Siciliana. Per un'ampia e ragionata esposizione delle difformi tesi sul punto, che dividono Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, v. FANTI, *La <<rivoluzione>> operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 145 ss.; MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, e ALLENA, *La questione della pregiudiziale amministrativa: riparto di giurisdizione o nomofilachia*, note a Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191; Cass., Sez. un., 23 gennaio 2006, n. 1207; Id., 13 giugno 2006, n. 13659, n. 13660, n. 13661; Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2006, n. 2, in *Dir. proc. amm.*, 2006, rispettivamente 1041 ss., 1182 ss.

134 Cfr. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

135 ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 45.

136 CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 24-25.

137 ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.

138 MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *La giustizia amministrativa. Atti del congresso sul centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 1052.

139 ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 182.

140 Cfr. sul punto MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, 304-305.

141 Risulta per quest'altro verso particolarmente feconda l'idea di tornare a discutere del rapporto fra giudicato e sentenze di rito. Il problema fondamentale sul punto è, evidentemente, quello dell'ammissibilità del giudizio d'ottemperanza, tradizionalmente negato dalla giurisprudenza e ritenuto invece possibile dalla più avveduta dottrina. Sul punto, oltre al già citato FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, cit., v. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 171 ss.

142 BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 375-376.