

- [1] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 65.
- [2] E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964, 93 e 156.
- [3] «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio» (art. 4 co. 1 della legge del 1865).
- [4] E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*, 187-188.
- [5] E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*.
- [6] E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*, 14-15 e, soprattutto, 94 ss..
- [7] Ma come segno della «resistenza» del giudice ordinario si registrano pronunce in anni successivi.
- [8] Del resto, l'art. 26 del r.d. n. 1054/1924 prevedeva (e prevede) la competenza del Consiglio di Stato sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge «quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria».
- [9] V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 24, ha evidenziato «le reticenze derivanti dalla necessità di dare per buone le finzioni che il legislatore aveva dovuto adottare per far intendere che la legge dell'89 e le successive non modificavano il sistema del '65 basato sul principio della giurisdizione unica».
- [10] R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 1088.
- [11] Vedi la critica a questo criterio di A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, 1075-1076.
- [12] E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*, 92 e 132.
- [13] M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 440.
- [14] Tale divieto, secondo la più moderna dottrina e giurisprudenza (v., tra le tante, in materia di diritto alla salute, Cass., s.u., 20.2.1992 n. 2092 e, di diritto di proprietà, Cass., sez. III, 25.2.1999 n. 1636), non sussiste tutte le volte in cui il giudice ordinario sia fornito di giurisdizione quando gli sia richiesto di eliminare il pregiudizio ad un diritto fondamentale del privato (non suscettibile di degradazione) arrecato da un comportamento della p.a. che non può essere espressione di una potestà pubblicistica che con l'esistenza di quel diritto è, infatti, incompatibile, sicché non viene in discussione l'esercizio del potere discrezionale ma la necessità di ripristino delle condizioni di legalità.
- [15] V., tal senso, sostanzialmente, Cass. 4.7.1949 n. 1659, in *Foro it.*, 1949, I, 926.
- [16] V., tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, *cit.*, 1236; E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*.
- [17] Questo criterio è stato ritenuto «radicalmente sbagliato» da M. NIGRO, *cit.*, 184.
- [18] V., in tal senso, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522.
- [19] Il nuovo art. 1 delle legge n. 241/1990 stabilisce che «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge...».
- [20] Si veda M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2003, 181 ss., 193 ss. e, per le diverse interpretazioni del principio di legalità in diritto amministrativo, 136 ss..
- [21] Una delle prime sentenze che afferma che la discrezionalità della p.a. soggiace a queste regole è Cass. 19.6.1936, in *Foro it.*, 1936, 1487.
- [22] V. Cass. 24.10.1958 n. 3457, in *Giust. civ.*, 1958, I, 2029, con nota sostanzialmente adesiva di A.M. SANDULLI, *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di potestas publica nondum nata*.

[23] In tal senso è A.M. SANDULLI, *Lesione di diritti soggettivi*, cit.. Il medesimo Autore, in *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, 35, ha osservato: «*per identificare in una certa azione l'esercizio di un determinato potere previsto dall'ordinamento [è] necessario che esso venga effettivamente esercitato dallo stesso soggetto, sullo stesso oggetto, con lo stesso contenuto e la stessa causa, e nel concorso delle medesime circostanze, cui l'ordinamento fa riferimento in ordine al potere di cui si tratta. Allorché uno soltanto di tali elementi non coincida, dovrà convenirsi di non essere in presenza di quel potere: con la conseguenza, ai fini che qui interessano, della mancanza di ogni posizione di soggezione giuridica del soggetto nei cui confronti l'azione sia stata esercitata, e cioè con la conseguenza della tutela più piena della posizione giuridica del primo rispetto al secondo – posizione alla quale, appunto per ciò, non può essere disconosciuta la qualifica di diritto soggettivo*» (in senso conf. v., ad esempio, Cass. s.u., 9.1.1974 n. 61; s.u. 10.11.1973 n. 2965; s.u. 5.11.1973 n. 2856).

[24] Particolarmente nutrita è la giurisprudenza in materia espropriativa. Si riportano di seguito alcune decisioni. Secondo Tar Campania, Napoli, 12.9.1985 n. 441, la dichiarazione di pubblica utilità non può avere vita autonoma senza indicazione dei termini di inizio e di compimento delle espropriazioni e dei lavori che ne sono elementi essenziali, con la conseguenza che l'illegittima proroga di un termine che per legge è elemento essenziale dell'atto al quale è apposto si estende all'intero atto (dich. p.u.) che ne resta travolto. Secondo Tar Campania, Salerno, 19.1.1991 n. 1, il decreto di espropriazione emesso dopo che la dichiarazione di p.u. sia divenuta inefficace a causa dell'inutile decorso dei termini in essa fissati per l'inizio ed il compimento dell'espropriazione, configura un provvedimento reso in carenza di potere e, quindi, inidoneo ad interferire sulla posizione di diritto soggettivo del privato che resta tutelabile dinanzi al giudice ordinario con l'azione di risarcimento del danno per l'irreversibile acquisizione del bene per la realizzazione dell'opera pubblica. Secondo Cass., sez. I, 10.7.1999 n. 7256, il decreto di esproprio emesso dopo la scadenza del termine di occupazione legittima deve essere considerato inesistente per carenza di potere. Cass., sez. I, 19.2.2003 n. 2470: “*La fissazione dei termini previsti per il compimento dei lavori e delle espropriazioni dall'art. 13 della legge n. 2359 del 1965 è richiesta per la giuridica esistenza e validità della dichiarazione di pubblica utilità (in osservanza del principio generale contenuto nell'art. 42 Cost., in base al quale l'espropriazione della proprietà privata può essere giustificata solo in presenza di interessi generali concreti ed attuali e non già per esigenze future ed ipotetiche), con la conseguenza che il loro inutile decorso, comportando la cessazione della programmata destinazione del bene all'interesse generale, determina l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ed il venir meno del potere di espropriazione su quel bene, senza che in contrario rilevi la sussistenza di un più lungo termine previsto (nella fattispecie, dall'art. 20 della legge n. 865 del 1971) per l'occupazione di urgenza, la quale costituisce una fase della procedura di espropriazione, di cui la dichiarazione di pubblica utilità rappresenta il presupposto, venuto meno il quale resta travolto anche il decreto di occupazione. Pertanto dalla scadenza dei termini di cui all'art. 13 cit., che comporta la cessazione dell'occupazione legittima, decorre il termine di prescrizione della conseguente azione di risarcimento del danno spettante al proprietario*” (conf. Cass., sez. I, 19.2.2003 n. 2470; Cass., s.u., 19.5.2004 n. 9532). Cass. s.u. 14.1.2005 n. 600: “*Nelle fattispecie di cosiddetta occupazione usurpativa - originata dalla mancanza iniziale dei termini per l'inizio e il compimento delle espropriazioni e dei lavori, come tale vizianta in radice la dichiarazione di pubblica utilità, comportandone l'originaria invalidità; ovvero dall'inutile decorso del termine triennale per l'inizio dei lavori di cui all'art. 1 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, determinante, con la cessazione degli effetti della dichiarazione di pubblica utilità, una situazione di carenza di potere che esclude l'utile prosecuzione della procedura*

ablatoria -, la domanda di risarcimento del danno promossa dal privato verte su diritti soggettivi del proprietario dell'immobile, ed è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario". Cass., sez. I, 11.2.2005 n. 2870: "In materia di espropriazione per pubblica utilità, la proroga disposta dall'art. 22, legge n. 158 del 1991 riguarda soltanto il termine previsto dall'art. 20, secondo comma, legge n. 865 del 1971, e cioè il termine fissato per l'occupazione temporanea e d'urgenza dell'area da espropriare e, quindi, non interferisce sul diverso termine stabilito con la dichiarazione di pubblica utilità per il compimento della procedura ablativa, il cui decorso determina l'inefficacia di detta dichiarazione, anche se non sia ancora scaduto il termine per l'occupazione, con la conseguenza che quest'ultima diviene illegittima, in quanto non più assistita da titolo giustificativo e non ricollegabile ad un progetto di opera pubblica, dovendo considerarsi l'eventuale successivo decreto di espropriazione 'tamquam non esset', perché emesso in TcarenzaT TdiT otereT"; Cass., sez. I, 8.2.2006 n. 2811: "Il provvedimento di proroga del termine dell'occupazione legittima, siccome diretto a prolungare la durata del termine fissato in un precedente provvedimento, deve necessariamente essere emesso prima che quest'ultimo termine, avendo completato il suo decorso, sia divenuto non più suscettibile di prolungamento o di rinvio, ovvero prima che il precedente provvedimento, avendo esaurito la propria funzione, abbia cessato di essere operante, onde la proroga disposta dopo la scadenza, ancorché nella forma della rinnovazione dell'occupazione medesima, integra un atto emesso in TcarenzaT TdiT otereT e, come tale, inidoneo ad impedire l'irrelevanza dell'eventuale decreto ablatorio emanato successivamente alla predetta scadenza, con la conseguente inammissibilità della domanda di determinazione dell'indennità di esproprio".

[25] E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*, 131, il quale osservava che il momento della libertà individuale è essenziale ad ogni diritto soggettivo, il quale, secondo i principi accolti nello Stato moderno, vale *erga omnes* nei confronti di qualsiasi soggetto, privato e pubblico, ed è protetto dal generale dovere del *neminem laedere* finché non venga *legittimamente* sacrificato dall'autorità.

[26] Significative sono le pronunce che dichiarano la carenza di potere per effetto della incostituzionalità della norma attributiva del potere senza necessità di dichiarare la nullità dell'atto amministrativo. Secondo TCass., s.u., 21.1.1976 n. 180, con riguardo alle «normeT giuridiche attributive del otere,T concretamente esercitato dalla pubblica TamministrazioneT, di affievolire il diritto soggettivo di cui chiede la tutela, ... l'eventuale dichiarazione della TincostituzionalitàT di dette TnormeT rende l'atto amministrativo che ha inciso su tale diritto viziato da TdifettoT di otereT, con la necessaria conseguenza che la controversia appartiene alla competenza del giudice ordinario» (conf. Cass., sez. L., 29.5.1995 n. 6001; Cass., sez. I, 12.3.1968 n. 806; *contra* Cons. St., ad. pl., 8.4.1963 n. 8).

[27] V., ad esempio, in giudizi impugnatori (nei quali il giudice ordinario si è pronunciato sulla validità di atti sanzionatori), Cass., sez. I, 14.6.1979 n. 3342: «L'illeggibilità della firma dà luogo alla nullità dell'atto amministrativo solo quando la qualità di organo della persona giuridica pubblica dell'autore del segno grafico non risulti dallo stesso atto, e tale dimostrazione non venga fornita dalla pubblica amministrazione attraverso l'identificazione, anche in base ad altri elementi, della persona del firmatario. Allorquando, invece, la firma indecifrabile è riferita nello stesso atto al titolare dell'ufficio competente ad emetterlo, risultano oggettivamente certi, ad un tempo, l'autore del segno grafico e la sua qualità di organo della persona giuridica pubblica, sicché non si configura alcun vizio dell'atto amministrativo per carenza del requisito soggettivo, tranne che non venga dimostrata, da colui che la allega, la non autenticità della sottoscrizione. Ne consegue che quando sia preceduta dall'indicazione "il prefetto", la sottoscrizione con firma illeggibile dell'ordinanza prefettizia di condanna al pagamento di una somma di danaro, emessa ai sensi della legge 3 maggio 1967 n. 317, non comporta la nullità dell'atto, ma costituisce una mera irregolarità». Cass., sez. I, 20.1.1994 n. 522: «Non ricorre la nullità dell'atto amministrativo per

carezza del requisito soggettivo, quando dallo stesso atto risulti la qualità (di organo della persona giuridica pubblica) dell'autore della sottoscrizione e, pertanto, sebbene questa risulti indecifrabile o incompleta, detta qualità debba ritenersi oggettivamente certa, a meno che non vengano dimostrate da colui che le allega la non autenticità della sottoscrizione o l'insussistenza dell'indicata qualità; ne deriva che non è invalida l'ordinanza ingiunzione, emessa ai sensi della l. 24 novembre 1981 n. 689, per infrazione al codice della strada, ove rechi una sottoscrizione incompleta o illeggibile, preceduta dalla indicazione "per il prefetto", a meno che l'interessato non dimostri la falsità della firma ovvero la mancanza della delega, che da detta indicazione è certificata». Secondo Cass., sez. I, 11.1.2006 n. 275, all'infuori di particolari ipotesi, «la traduzione del decreto prefettizio di espulsione si configura, sul piano sostanziale, come condizione di validità del provvedimento, di guisa che l'eventuale omissione ne determina la nullità, senza che possa in contrario invocarsi la sanatoria per il raggiungimento dello scopo allorquando lo straniero si sia difeso nel merito, dato che l'art. 156 co. 3 c.p.c. non può applicarsi a un atto amministrativo». Sulla «data» v. Cass., sez. I, 28.3.1983 n. 2214. V., ad esempio, Cass., sez. I, 24.4.1993 n. 4841: «La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della regione Sicilia (o nel f.a.l., per le province delle altre regioni) della stima dell'indennità di espropriazione effettuata dall'apposita commissione provinciale presso l'Ute, costituendo l'atto finale di un procedimento amministrativo incidente sulla determinazione dei beni espropriati e dei corrispettivi indennitari relativi ad essi, deve contenere - ai fini dell'impugnazione e della decorrenza del relativo termine - quanto meno l'esatta indicazione dei proprietari e delle aree, necessaria per l'individuazione dei soggetti interessati, altrimenti è affetta da nullità per inesistenza dell'oggetto...» (conf. Cass., sez. I, 20.5.1993 n. 5753).

[28] R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto giuridico*, Milano, 1990, 171 e 222, ha osservato che la giurisprudenza qualifica il provvedimento adottato in carezza di potere a volte come nullo, a volte come inesistente, a volte come inefficace, a volte si limita ad affermare la giurisdizione ordinaria in ipotesi di carezza di potere. M.A. SANDULLI, *Riforma della l. n. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Il Foro amm. Tar*, Milano, 2005, suppl. al n. 6/05, equipara la nullità all'inesistenza dell'atto amministrativo.

[29] In dottrina, sulle cause di nullità e di inesistenza, ante riforma del 2005, v. P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 419 ss.; dopo la riforma, v. D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, 65 ss.; D. MACRI', *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 2006, n. 3, 265 ss.; F. ROCCO e G. RUGGERI, in *Le nuove leggi amministrative. L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 872 ss. e 890 ss..

[30] Cons. St., sez. VI, 26.11.1991 n. 885: «Il provvedimento amministrativo, nei casi in cui debba essere redatto per iscritto, rientra nel novero degli atti giuridici formali, sì che il documento stesso è costitutivo del contenuto giuridico; pertanto, la sottoscrizione deve provenire inequivocabilmente dalla persona fisica che, secondo le norme della fattispecie, sia titolare dell'organo competente alla statuizione amministrativa, verificandosi in difetto la nullità (o inesistenza giuridica) del provvedimento (nella specie, è stato ritenuto nullo il provvedimento di esclusione dal concorso a posto di tecnico laureato non sottoscritto dal rettore ma recante la mera dicitura "firmato dal prof. Alto" che al tempo non rivestiva la carica di rettore, né era stato da questo delegato)». Secondo Tar Lazio, Roma, 27.5.1996 n. 1086, l'illeggibilità della sottoscrizione comporta nullità dell'atto amministrativo solo quando la qualità di organo della persona giuridica pubblica dell'autore del segno grafico non risulti dall'atto stesso e tale dimostrazione non venga data dalla p.a. mediante elementi di identificazione della persona del firmatario. Secondo Tar Campania, Napoli, 19.6.2001 n. 2810 e Tar Sicilia, Catania, 30.4.1996 n. 703, la sottoscrizione dell'atto amministrativo

rappresenta un elemento essenziale dell'attestazione di conformità all'originale di una copia dell'atto stesso in mancanza della quale non può essere ricondotto al suo autore e deve qualificarsi inesistente.

[31] Tar Puglia, Lecce, 4.2.2005 n. 461, in un caso in cui non esistevano più gli abusi nel momento in cui l'Amministrazione era chiamata a pronunciarsi sulla istanza di condono, ha ritenuto che l'eventuale provvedimento sarebbe stato «*non concepibile*» in quanto avrebbe avuto un «*oggetto impossibile*».

[32] V., ad es., Tar Abruzzo, Pescara, 10.1.1984 n. 11: «*Si ha nullità assoluta ed insanabile del provvedimento amministrativo qualora esso manchi di taluno degli elementi essenziali destinati a costituirlo, quali l'oggetto, il soggetto, la volontà, il contenuto, la forma, ovvero quando l'atto sia adottato nonostante l'incompetenza assoluta dell'organo*». E' stato considerato nullo l'atto emanato dal funzionario con intento fraudolento: v. Cons. St., sez. VI, 5.7.2000 n. 3708.

[33] Questo atteggiamento è stato indotto dalla struttura del giudizio amministrativo modellata sulla illegittimità dell'atto impugnabile solo ad istanza di parte nel termine di decadenza, contrariamente all'azione di nullità (che è rilevabile anche d'ufficio, costituisce oggetto di sentenza dichiarativa di accertamento, è imprescrittibile, ecc.), e dalla decisa tendenza a considerare la difformità tra il provvedimento e lo schema legale (o paradigma normativo) come territorio esclusivo (o privilegiato) della invalidità intesa come illegittimità e cioè vizio riguardante le modalità di esercizio del potere. Secondo Cons. St., sez. V, 10.1.2003 n. 35, «*l'atto amministrativo è solo illegittimo e non anche inesistente [o nullo] quando esso sia irretito da vizi del procedimento che lo ha preceduto - e, quindi, dalla mancata corrispondenza delle modalità di esercizio in concreto del pubblico potere al suo modello legale - in quanto essi attengono non già all'esistenza dell'atto stesso, che resta integro nei suoi elementi costitutivi, bensì alla sua validità ed ai suoi presupposti, ossia alla legittimità del complessivo comportamento della p.a.*»; «*pertanto, la violazione di una norma che regola l'azione della p.a. in modo da escludere qualsiasi scelta discrezionale nell'esercizio del relativo potere comporta l'onere in capo al soggetto leso dal provvedimento così viziato di impugnarlo entro il termine perentorio al fine di farne accertare l'illegittimità e di ottenerne l'annullamento, non essendovi alcuna possibilità per il giudice amministrativo di sancirne l'inefficacia prescindendo dalla sua rituale contestazione in giudizio*» (nel caso specifico: «*la mancata osservanza delle regole sulla verbalizzazione dell'attività compiuta da un organo collegiale o sulla sottoscrizione di tutti i relativi componenti non implica, di per sé e in assenza di un'espressa sanzione di nullità, alcuna compromissione degli elementi costitutivi dell'atto collegiale, dovendosi interpretare le regole medesime secondo il principio della strumentalità delle forme*»). V. anche Cons. St., sez. VI, 14.7.1999 n. 948; sez. V, 13.2.1998 n. 166. Secondo Cons. St. sez. IV, 28.12.1994 n. 1091, «*La mancata previa audizione del parere obbligatorio della commissione edilizia scolastica comporta non la nullità/inesistenza ma la mera illegittimità della successiva delibera comunale di approvazione del progetto di edilizia scolastica*». In senso diverso sono, tuttavia, alcune antiche decisioni del Consiglio di Stato: in una del 17.6.1904, in *Giur. it.*, 1904, III, 250, affermò la nullità assoluta per violazione dell'ordine pubblico della deliberazione comunale adottata in violazione della norma che prevedeva che «*terminate le votazioni, il presidente coll'assistenza di tre consiglieri ne riconosce e ne proclama l'esito*», in un caso in cui l'esito della votazione era stato proclamato solo da due scrutatori; in altra decisione del 23.3.1906, in *Giur. it.*, 1906, III, 269, dichiarò nullo il provvedimento amministrativo quando, ritiratosi il candidato che (conformemente a legge) era stato proposto, l'Amministrazione aveva nominato come notaio altro candidato in mancanza dei presupposti di legge, cioè della proposta del consiglio notarile e del parere motivato della corte di appello.

[34] Una delle prime decisioni è Cons. St., ad. pl., 11.3.1984 n. 6, cui sono seguite molte altre.

[35] V. Cons. St., ad. pl., 29.2.1992 n. 2; ad. pl., 5.3.1992, n. 5 (nelle ipotesi di costituzione *contra-legem* di rapporti di impiego pubblico).

[36] V. Cons. giust. amm. sic. 28.9.1998 n. 507; Cons. St., sez. VI, n. 948/1999 *cit.*.

[37] Il giudice amministrativo si mostra attento alle conseguenze (invalidanti) della carenza di potere sul provvedimento. V., ad es., Cons. St., sez. V, 10.1.2003 n. 35: «... *nel diritto amministrativo il vizio generato dall'inosservanza di una disposizione normativa diretta a regolare l'azione della p.a. consiste nella sola illegittimità per violazione di legge che implica, al pari del vizio di annullabilità dei negozi giuridici, l'efficacia dell'atto fino al suo annullamento da parte del giudice amministrativo o della stessa p.a., senza quindi che possa configurarsi una più grave ipotesi di invalidità, paragonabile alla UnnullitàU, che impedisca al provvedimento di produrre i suoi effetti (se non nel diverso caso della Ucarenza di potereU)*»; in caso di contrasto con norma comunitaria, sempre secondo Cons. St. n. 35/2003 *cit.*, la regola è la illegittimità-annullabilità dell'atto e, infatti, «*la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario*» (*conf.* Cons. St., sez. IV, 21.2.2005 n. 579). Anche secondo Tar Piemonte 8.2.1989 n. 34, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 281, con nota di R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale ?*, l'atto amministrativo adottato dalla p.a. sulla base di un potere attribuito da una norma interna (inefficace in quanto) contrastante con disposizioni comunitarie sarebbe affetto da nullità rilevabile d'ufficio dal giudice.

[38] Così sembra in Cons. St., sez. V, 13.2.1998 n. 166: «*La nullità in senso tecnico di un atto amministrativo si determina solo quando sia espressamente qualificato dalle norme o sia emanato in contrasto con il giudicato o sia emanato da un ente territoriale con un'efficacia che invada l'ambito territoriale di un altro ente o manchi di uno o più degli elementi necessari a costituirlo oppure ancora sia emanato in assoluta carenza di potere*».

[39] V. la ricostruzione effettuata da M. D'ORSOGNA, *cit.*.

[40] V., sul punto, le osservazioni di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 193 ss..

[41] V. artt. 1418 co. 1-2, 1343, 1346 c.c..

[42] E' significativo che, già prima della riforma della legge n. 241, secondo Tar Campania, Napoli, 5.3.1998 n. 808, la verifica della nullità degli atti amministrativi riguardava anche i «*vizi formali insanabili dell'attoT che possano ingenerare incertezza sulla stessa loro provenienza dall'autorità Tamministrativa ... T*».

[43] A. BARTOLINI, *cit.*, 181, non condivide le tesi secondo cui l'atto amministrativo non è espressione di autonomia privata ma di discrezionalità, con conseguente inapplicabilità delle categorie civilistiche della invalidità, e secondo cui in diritto amministrativo tutte le violazioni delle norme procedurali darebbero luogo soltanto all'annullabilità. L'Autore ritiene che almeno la violazione delle norme cosiddette imperative categoriche dovrebbe determinare la nullità (dell'atto vincolato) secondo un principio di diritto comune capace di superare le regole particolari che disciplinano l'azione della p.a..

[44] Nel diritto privato la inosservanza delle regole comportamentali (es.: obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari) non determina la nullità del contratto per violazione di norma imperativa ma rileva ai fini della responsabilità dell'intermediario: v. Cass., sez. I, 29.9.2005 n. 19024.

[45] Peraltro, la violazione dei criteri e principi richiamati nell'art. 1 della legge n. 241/1990 presupporrebbe che questi fossero tradotti in specifiche norme di legge per poter generare una illegittimità del provvedimento.

[46] Cass., s.u., 5.4.2007 n. 8519.

[47] V., sul punto, le critiche di F. SATTA, *La riforma della legge n. 241/90: dubbi e perplessità*, in http://www.giustamm.it/new_2005.

[48] Del resto, che la disciplina dell'annullamento per mera illegittimità non sia sufficiente a ripristinare l'ordine giuridico violato è ben compreso dalla giurisprudenza. Sulla inadeguatezza della mera annullabilità v. S. DE FELICE, *Nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi. Il Cons. St., ad. pl., n. 2/1992 cit., ha osservato che *«illegittimità e nullità del provvedimento amministrativo appaiono come il risultato di tecniche normative fondate su piani d'interessi differenti e ispirate a logiche diverse. L'illegittimità è la qualificazione tradizionale del provvedimento non conforme a legge idoneo a ledere interessi particolari: la formula dell'efficacia interinale del provvedimento invalido contempera l'autoritatività dell'azione pubblica con i rimedi amministrativi e giurisdizionali, anche di tipo cautelare, attribuiti al singolo a tutela delle proprie situazioni soggettive. Quando, però,... la situazione è ribaltata perché il provvedimento non conforme a legge favorisce il singolo, attribuendogli utilità che non gli spettano e lede, con effetti continuativi, principalmente interessi pubblici, la qualificazione di illegittimità, vuoi per la presumibile mancanza di soggetti legittimati all'impugnazione, vuoi per le non improbabili remore dell'autorità emanante ad esercitare i poteri di autotutela prima della convalidazione dell'atto per decorso del tempo, non è idonea allo scopo. Non sorprende, allora, che lo spostamento del fulcro della garanzia dal polo privatistico a quello pubblicistico dell'esercizio del potere dia luogo a quella qualificazione giuridica di "illegittimità forte" che è la nullità in senso tecnico dell'atto. La conseguenza sostanziale, nei casi di nullità in senso tecnico dell'atto costitutivo del rapporto, è che l'interessato non può invocare la costituzione di un rapporto di pubblico impiego efficace anche se invalido, come titolo per la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato. Per volontà di legge, infatti, il provvedimento adottato in suo favore è improduttivo, in quanto tale, di qualsiasi effetto giuridico, anche se i fatti e le attività storicamente verificatisi a seguito del negozio nullo possono, in base ad una diversa valutazione normativa, produrre limitate e autonome conseguenze. In base a queste ultime considerazioni, infatti, è da ritenere che l'interessato possa invocare, nei casi sopraccennati, la costituzione di un rapporto lavorativo di fatto con le conseguenze favorevoli di cui all'art. 2126 c.c.»*.

[49] V., ad es., Tar Liguria 25.6.2005 n. 972: *«la mancanza di data può assumere rilevanza soltanto nei casi in cui abbia particolare influenza sul procedimento logico e determinativo del provvedimento, con la conseguenza che l'omissione della data non esclude la validità ed efficacia dell'atto sia quando sussista un altro fatto che dia certezza della data stessa sia quando la data non sia particolarmente rilevante per la realizzazione del fine cui l'atto tende»*.

[50] Secondo Tar Liguria 7.2.2007 n. 169, la mancata sottoscrizione di un atto amministrativo comporta la nullità dello stesso alla luce della legge n. 15/2005 che ha modificato la legge n. 241/1990.

[51] Cass. s.u., 7.2.2007 n. 2688, con richiamo alla disciplina del procedimento amministrativo, in materia di occupazione usurpativa, ha ritenuto radicalmente nullo il provvedimento contenente la dichiarazione di p.u. *«per non contenere l'indicazione dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni e dell'opera, richiesta dall'art.13 della legge 2359 del 1865, e rispondente alla necessità di rilievo costituzionale (art. 42, terzo comma, Cost.), di limitare il potere discrezionale della p.a., al fine di evitare di mantenere i beni espropriabili in stato di soggezione a tempo*

indeterminato, nonché all'ulteriore finalità di tutelare l'interesse pubblico a che l'opera venga eseguita in un arco di tempo valutato congruo per l'interesse generale, per evidenti ragioni di serietà dell'azione amministrativa». V. Tar Lombardia, Milano, 22.4.2005 n. 855 (in nota 59).

[52] In tal senso è Trib. Roma 26.7.2006 n. 16773, inedita. Del resto, dopo l'entrata in vigore della legge n. 241/1990, il vizio di difetto di motivazione da figura sintomatica di eccesso di potere si trasformò in vera e propria violazione di legge (v. Tar Sicilia, Catania, 12.9.1997 n. 1742); dopo la modifica della legge n. 241, che ha disciplinato la nullità per mancanza degli elementi essenziali, può dirsi che la sua mancanza comporta la nullità del provvedimento, sempre che si consideri la motivazione elemento essenziale (v. art. 3 della legge n. 241 mod.). In senso contrario è G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Padova, 2005, 403.

[53] Secondo Tar Calabria, Catanzaro, 7.11.1999 n. 907, essa sussiste *«quando vi è una totale estraneità dell'organo che provvede al plesso organizzativo cui compete l'adozione dell'atto in base alla ripartizione corretta delle attribuzioni, da far apparire assolutamente non riferibile l'atto stesso all'Amministrazione cui dovrebbe essere imputato».*

[54] V., in tal senso, V. CERULLI-IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 236; S. DE FELICE, *cit.*; D. PONTE, *cit.*, 107 ss.; T. CAPITANIO e M. BALLORIANI, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, 833 ss. e 915 ss.. Nella giurisprudenza amministrativa, v. Tar Campania, Napoli 28.4.2005 n. 5025: *«La dichiarazione di p.u. che non rechi l'indicazione dei termini di cui all'art. 13 l. n. 2359 del 1865 non è nulla e/o inesistente (con conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria) ma solo annullabile per violazione di legge a seguito di ricorso al g.a.. Tale principio pare essere stato recepito dal legislatore il quale, con l'art. 21 se ies l. n. 241/1990, aggiunto dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, nell'introdurre, per la prima volta in via generale, la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia solo il difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.s. 'carenza di potere in astratto', cioè la mancanza in astratto della norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità per violazione di legge la categoria della c.d. nullità per carenza di potere in concreto che le sezioni unite della S.C. avevano coniato proprio con riferimento ai procedimenti espropriativi nei quali la p.a. avesse omesso di fissare i termini di cui all'art. 13 l. n. 2359 del 1865».* V. anche Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006 n. 4858.

[55] Cons. St., sez. VI, 28.2.2006 n. 891: *«nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi (oggi meglio definiti dal legislatore con l'art. 21 se ies l. n. 241 del 1990) in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale del provvedimento, contrariamente a quanto avviene nel diritto civile (nel caso di specie, il provvedimento di revoca dei contributi è stato emesso dall'Amministrazione competente ad adottarlo e, quindi, deve essere senza dubbio escluso che il provvedimento possa essere considerato nullo, non essendo stato emanato da un'Amministrazione totalmente priva del potere di emanarlo)».*

[56] Anche secondo Cons. St., sez. VI, 30.1.1991 n. 58, sussiste difetto di potere e non semplice illegittimità del suo esercizio la mancanza dei presupposti del potere stesso ovvero l'inosservanza dei suoi limiti che, pur non riferendosi espressamente alla sua astratta attribuzione o configurazione, condizionano pur sempre in modo assoluto l'esercizio di esso nel caso concreto, esercizio che, se esplicito in tale carenza, non può interferire sul diritto soggettivo degradandolo a situazione di interesse legittimo.

[57] Tar Puglia, Bari, 26.10.2005 n. 4581, ha ritenuto nullo per difetto assoluto di attribuzioni un provvedimento dell'Ente Parco nazionale del Gargano di diniego della autorizzazione richiesta da un Comune per la realizzazione di barriere frangiflutti a protezione della costa, in quanto la legge

prevedeva il nulla-osta da parte dell'Ente citato per le opere all'interno del parco mentre le acque marine sono escluse dal territorio del parco.

[58] Tanto che è discussa l'applicabilità dell'art. 21 *se ius* agli altri atti della serie procedimentale: v. D. PONTE, *cit.*, 78 ss..

[59] V., in tal senso, P. VITTORIA, *Azioni risarcitorie verso la pubblica amministrazione. Il catalogo dei problemi e la responsabilità da comportamento*. Relazione svolta al convegno organizzato presso la Corte di cassazione il 26.10.2005, sul tema *Azioni risarcitorie verso la P.A. Questioni di giurisdizione*. In senso *conf.* sembra Tar Lombardia, Milano, 22.4.2005 n. 855: «Più che annullabili, gli atti in questione sono nulli per carenza di oggetto, siccome incidenti su area già acquisita alla mano pubblica per accessione invertita; e di tale nullità – anche per quanto concerne gli eventuali correlativi riflessi risarcitori derivanti dalla violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale (che la memoria finale degli interessati riconduce alla violazione dei doveri comportamentali incombenti alla p.a. nell'ambito del "contratto amministrativo" sorto tra la medesima e il cittadino) – è chiamato a conoscere il giudice civile...».

[60] V. Cass. s.u. 4.12.1991 n. 13030. V. anche la fattispecie esaminata da Tar Puglia, Bari, 26.10.2005 n. 4581 (citata in nota 57).

[61] V., in tal senso, G. CARLOTTI, *cit.*, 414 ss..

[62] Cass., sez. I, 7.2.2007 n. 2688 *cit.*, ha affermato la giurisdizione ordinaria, oltre nei casi di in cui la dichiarazione di pubblica utilità non contenga i termini previsti per le espropriazioni e i lavori, «nelle ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u. individuate dalla L. n. 2359, art. 13, comma 3, nel caso di inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori (senza che sia intervenuto il decreto ablativo o si sia verificata la cd. occupazione espropriativa); e dalla L. n. 1 del 1978, art. 1, comma 3, nell'ipotesi di mancato inizio delle opere "nel triennio successivo all'approvazione del progetto": a nulla rilevando che in entrambe le fattispecie il potere ablativo fosse in origine attribuito all'amministrazione, in quanto è decisivo che tale attribuzione fosse circoscritta nel tempo direttamente dal legislatore e fosse già venuta meno all'epoca dell'utilizzazione della proprietà privata».

[63] V., ad es., Cons. St., sez. IV, 27.10.2005 n. 6023, secondo cui l'atto «è nullo o inesistente solo nelle ipotesi in cui esso sia qualificato tale dalla legge oppure manchi dei requisiti essenziali, quali possono essere la radicale carenza di potere ovvero il difetto di forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario, mentre non può parlarsi di inesistenza dell'atto allorché si discuta unicamente dei vizi del procedimento che lo ha preceduto». *Conf.* Cons. St., sez. V, 21.6.2006 n. 3712.

[64] In tal senso si sono espressi G. CARLOTTI, *cit.*, 416, il quale osserva: «a fronte di un provvedimento nullo, non si verifica alcun effetto degradatorio in ragione dell'insussistente imperatività dell'atto. Ne consegue che, in assenza di diverse previsioni normative, in tali casi la competenza a conoscere della fattispecie spetterà esclusivamente al giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti: la sfera giuridica del destinatario non può invero ritenersi giuridicamente incisa da un comportamento senza potere e, dunque, il provvedimento in concreto adottato, giacché inefficace, continua a fronteggiare veri e propri diritti – e non meri interessi legittimi – del cittadino» (il medesimo Autore precisa che la competenza è del giudice amministrativo nei soli casi di giurisdizione esclusiva) e A.M. SANDULLI, *Riforma della l. n. 241/1990, cit.*, 13. V. CERULLI-IRELLI, in *Brevi considerazioni sugli effetti della nuova disciplina sull'azione amministrativa in ambito processuale*, in www.astrid.it, Rassegna, 29 luglio 2005, n. 13, ha osservato che dalla individuazione in sede teorica degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, «deriveranno prevedibili estensioni dell'area della nullità a scapito di quella dell'annullabilità degli atti amministrativi; con inevitabili ricadute sul piano del riparto della giurisdizione, sotto

forma di ampliamento di quella ordinaria rispetto a quella amministrativa. Si pensi ad esempio alla motivazione o alla causa del provvedimento: laddove considerati elementi essenziali ai sensi dell'art. 21 se ies, la loro mancanza verrebbe a tradursi in un vizio di nullità e non di annullabilità (come per lo più finora si è ritenuto), con un nuovo e diverso riallineamento del confine (mobile) tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, a vantaggio della prima».

A favore della giurisdizione ordinaria vi sono poi anche indicazioni legislative di carattere sistematico: l'art. 33 della legge n. 287 del 1990 (norme a tutela della concorrenza e del mercato) attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sui provvedimenti amministrativi adottati in materia, al giudice ordinario la giurisdizione sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno. V. Cass., sez. I, 20.1.2006 n. 1064: «*Spetta al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo, conoscere della controversia promossa da un produttore del formaggio "Grana Padano" per chiedere la declaratoria di nullità, in quanto emesse (secondo la prospettazione attorea) in TcarenzaT TdiT otereT, delle determinazioni assunte dal Consorzio per la tutela del formaggio "Grana Padano", attraverso l'adozione di apposite linee guida, ritenute restrittive della propria libertà di concorrenza, e la condanna del medesimo Consorzio al risarcimento del danno derivante da tale illegittimo comportamento, atteso che l'art. 33, secondo comma, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 riserva la cognizione di tali domande alla giurisdizione del giudice ordinario».*

[656] Ad es., secondo l'interpretazione dell'art. 21 *se ies* condivisa nel testo, dovrebbe sussistere la giurisdizione ordinaria in caso di assoluta incertezza dell'area costituente oggetto del decreto autorizzativo di occupazione (v., in senso contrario, in passato, Cass., s.u., 18.11.1997 n. 11438).

[66] V., in tal senso, D. PONTE, *cit.*, 229 ss.; M. BALLORIANI, *cit.*, 893 ss.. In giurisprudenza v. Tar Puglia, Bari, n. 4581/2005 *cit.*.

[67] P. VITTORIA ha efficacemente osservato che la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 21 *se ies* «*non si presta a significare che le questioni inerenti agli altri casi di nullità pertengono invece alla giurisdizione di legittimità, ché, altrimenti, la distinzione tra annullabilità e nullità del provvedimento sarebbe stata inutilmente posta».*

[68] V., ad es., Cass. s.u. 22.11.1999 n. 815.

[69] La circostanza che anche l'atto nullo, com'è noto, produca effetti materiali (cioè determini non effetti giuridici ma fatti che, a loro volta, determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto) viene valorizzata da Tar Puglia, Bari, n. 4581/2005 *cit.* secondo cui «*nel diritto amministrativo il connotato esteriore di autoritatività carica questa evidenza di significati più forti».* Ciò serve per ammettere l'azione dichiarativa di nullità del provvedimento, adattandola al processo amministrativo (che tradizionalmente conosce, con poche eccezioni, soltanto l'azione costitutiva di annullamento). Si è sempre ritenuto, invece, almeno fino alla riforma del 2005, che la inefficacia giuridica originaria dell'atto nullo fosse un carattere fondamentale della nullità, e ciò era indirettamente dimostrato dalla tecnica della dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione dell'atto amministrativo nullo per difetto di interesse.

[70] C. VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Relazione tenuta al Convegno nazionale di Salerno il 7-8 ottobre 2005 su *Riforma della legge 241/90 e ruolo del giudice amministrativo*.

[71] M.A. SANDULLI, *Riforma della l. n. 241/1990, cit.*, ha osservato che questa tesi dell'atto nullo come atto comunque idoneo a produrre interinalmente effetti pienamente giuridici, elaborata al fine di giustificare la giurisdizione amministrativa, «*rischierebbe ... una facile condanna di incostituzionalità».*

[72] V., in tal senso, P. VITTORIA *cit.*.

[73] V., in tal senso, M.A. SANDULLI, *Riforma della l. n. 241/1990 cit.*.

[74] V., in tal senso, C. VARRONE, *Nullità e annullabilità*, cit.; V. CERULLI-IRELLI, *Principii*, cit., 237; DE FELICE, cit.; G. AJELLO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Aiello.htm; A. ROMANO-TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo (versione provvisoria)*, 2007.

[75] DE FELICE, cit..

[76] Significative sono le massime che escludono che l'esistenza di eventuali illegittimità del provvedimento, dichiarate (o non dichiarate) dal giudice amministrativo, possa precludere al giudice ordinario di accertare la eventuale carenza di potere della p.a.. V. Cass., sez. I, 3.5.2005 n. 9171: «*Il giudicato amministrativo di rigetto della domanda di annullamento dell'atto della p.a., per quanto copra sia i vizi dedotti che quelli deducibili, si forma, normalmente, sulla mancanza nel ricorrente del diritto ad ottenere l'annullamento (costituente il bene della vita cui tendeva la domanda), non anche sulla inesistenza giuridica del medesimo atto derivante dall'essere stato adottato dalla p.a. in carenza di potere, salvo il caso in cui il giudice si sia pronunciato anche su tale questione pur difettando, eventualmente, di giurisdizione; ne consegue che il giudicato di rigetto del ricorso giurisdizionale amministrativo proposto dal proprietario di un suolo avverso il decreto di occupazione di urgenza del medesimo non preclude l'esercizio dell'azione di danno per occupazione usurpativa, davanti al giudice ordinario, ove il proprietario deduca la mancanza della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera (nella fattispecie perché la dichiarazione riguardava un'opera collocata su suolo diverso)*» (conf. Cass., sez. I, 19.10.2006 n. 22492).

[77] Anche la dottrina che è contraria all'affermazione della generalizzata competenza del giudice ordinario sul provvedimento nullo riconosce che «*Se la codificazione della nullità dell'atto amministrativo può avere un senso... esso sembra invece da ricercare proprio nella riaffermazione del valore intrinseco degli interessi del cittadino, che nelle ipotesi di nullità sono sottratte dall'ordinamento all'effetto conformativo della (illegittima) manifestazione del potere, e mantengono quindi il proprio assetto originario*»: in tal senso v. A. ROMANO-TASSONE, *L'azione di nullità*, cit.,

[78] A. ROMANO-TASSONE, *L'azione di nullità*, cit..

[79] A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Milano, II, 1984, 1240-1241. Ci sia consentito di rinviare a A. LAMORGESE, *Riparto della giurisdizione e petitum sostanziale: riflessioni dopo Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Giur. it.*, 2005, 2224 ss..

[80] Cons. St., sez. VI, 30.1.1991 n. 58; conf. Cons. St., sez. VI, 26.1.1979 n. 11.

[81] V., in tal senso, anche Corte cost. 30.13.1987 n. 641.

[82] V. anche G. AJELLO, cit..

[83] M.A. SANDULLI, *Riforma della l. n. 241/1990 cit.* esprime dubbi sulla costituzionalità dell'art. 21 *quinquies* alla luce della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale «*posto che, per un verso, presupponendo l'indennizzo un atto legittimo, la giurisdizione del giudice amministrativo in subiecta materia non è riconducibile a quella sul risarcimento e, per altro verso, risolvendosi l'indennizzo in una forma di riparazione patrimoniale... esso non è facilmente riconducibile al binomio potere/interesse legittimo*». Analoghi dubbi esprime V. CERULLI-IRELLI, in *Brevi considerazioni sugli effetti della nuova disciplina sull'azione amministrativa in ambito processuale*, in www.astrid.it, Rassegna, 29 luglio 2005, n. 13.

[84] Sulla legittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva in materia di esecuzione degli accordi sono stati espressi forti dubbi da M.A. SANDULLI, *Riforma della l. n. 241/1990 cit.*, 11; dubbioso è anche G. GRECO, *Ampliamento dei poteri cogliori e decisori del giudice amministrativo nella l. 241/1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. ar.*, 2005, suppl. al n. 6/05, 81.