

# L'AZIONE DI NULLITA' ED IL GIUDICE AMMINISTRATIVO

*Siena, Certosa di Pontignano  
22 – 23 Giugno 2007*



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
Economiche e di Governo

## **La violazione e l'elusione del giudicato : l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990**

Giancarlo Montedoro

Se non vogliamo che inaridisca la risorsa di giustizia da cui il diritto trae legittimità allora bisogna che al fondo del potere amministrativo dello Stato ci sia sempre un potere comunicativo generatore di diritto.

J. Habermas  
Fatti e norme

### **1. L'attività amministrativa fra efficienza e garanzia**

Il diritto amministrativo è , nel suo evolversi, profondamente condizionato dalle fasi storiche della vita sociale e giuridica; il suo tempo storico, a differenza del diritto privato, appare calibrato non su una logica di lunga durata , ma, piuttosto, di medio periodo, risentendo più profondamente dei sommovimenti politici, del mutare delle concezioni dello Stato e della società, della vicenda storica delle ideologie, delle lotte sociali , politiche, religiose, dei conflitti della modernità.

Il diritto amministrativo – potrebbe dirsi – è il diritto della modernità : le sue caratteristiche di flessibilità e di cedevolezza, la sua elasticità, la sua natura pretoria, il ruolo che nella sua storia è svolto, continuativamente, dalla giurisprudenza, il suo essere intimamente legato alla vita istituzionale in tutte le sue articolazioni, permettono, seguendo la sua evoluzione, di segnare, per converso, le tappe del racconto moderno della nascita della soggettività di fronte allo Stato, con le sue istanze di autodeterminazione e di sviluppo del soggetto di diritto.

In questa ultima e più recente fase della storia contemporanea , a partire dal 1989, si assiste al trionfo dell'ideologia neoliberale ed al manifestarsi dei primi sintomi della sua crisi ( a partire dall'11 settembre 2001 ) , alla affermazione dell'ideologia del mercato unico globalizzato , all'incedere della tecnica , del mito del progresso quantitativo, della manipolabilità dell'uomo, ed alla pretesa della “ragione strumentale” e tecnocratica di tenere in scacco la democrazia e la politica.

Il conflitto della modernità assume nuovi caratteri, non più meramente interni all'Occidente, lo Stato rinasce come Stato guardiano, in conseguenza delle minacce terroristiche e della crisi del welfare.

In questo quadro, problematico e segnato da forti incertezze, va collocata quale centrale la questione della natura e delle caratteristiche del pubblico potere, dell'azione dello Stato e della pubblica amministrazione.

La continua riformulazione che, per effetto della giurisprudenza ma anche a mezzo del cambiamento delle regole dell'azione amministrativa (legge n. 15/2005 e d.lgs. n. 80/2005), subisce il quadro normativo relativo all'attività dei pubblici poteri, evidenzia una polarizzazione delle scelte legislative attorno al binomio garanzia dei privati – efficacia dell'azione amministrativa. Al legislatore, incerto come è incerto il soggetto moderno, sembra premere la tutela di ogni bene giuridico coinvolto dall'azione amministrativa, senza che tuttavia questo si traduca sempre in una capacità di individuare un nuovo punto di equilibrio fra gli interessi in conflitto, che sono poi, tradizionalmente, quelli della sfera privata e della sfera pubblica, del mercato e dello Stato, della tecnica e della politica.

In sostanza il legislatore, nella riforma della legge sul procedimento amministrativo, oscilla fra nuova rilevanza del momento della garanzia per il privato (con la previsione espressa di ipotesi normative di nullità del provvedimento amministrativo che aprono delicati problemi processuali) e nuove istanze tese ad assicurare l'efficienza dell'azione amministrativa (nella disciplina dei vizi formali rispetto alle attività vincolate e nella disciplina della omessa comunicazione di avvio del procedimento nell'ipotesi di provvedimento a contenuto necessitato).

Ma l'enfasi è posta su entrambi i beni giuridici con forza, sicché l'impressione d'insieme è quella di un legislatore che non sceglie, paralizzato, oscillante, pencolante fra privato e pubblico, fra mercato e pubblica amministrazione, fra istanze di controllo e decisionismo.

Al solito il punto di equilibrio, in queste condizioni, lo ritroverà il giudice, ma a prezzo degli inevitabili scostamenti, nella prassi, dall'effettività del principio di certezza del diritto.

## **2. Dalla funzione alla struttura : dal procedimento al provvedimento**

Sul piano della analisi tecnico –giuridica la legge n. 15 del 2005 con la sua novità più rilevante, costituita dalla nuova disciplina delle invalidità del provvedimento amministrativo, segna un indubbio ritorno di attenzione alla struttura rispetto alla funzione del fenomeno giuridico.

La legge n. 241/ 1990 è stata legge sul procedimento, attenta a non farsi imbrigliare da chimere dogmatiche, da tentazioni definitive, ma volta a delineare un quadro di istituti giuridici di garanzia del privato rispetto all'azione dei pubblici poteri, senza, tuttavia, ingabbiare l'attività dell'amministrazione in schemi giuridici di tipo strutturale, predeterminati con valenza generale.

Il ritorno alla struttura significa anche nuova attenzione al provvedimento rispetto al procedimento, quasi un riaffiorare del volto dell'amministrazione -autorità che già la Corte Cost. n. 204 del 2004 aveva consegnato all'interprete come il cuore più antico (e pertanto costituzionalmente garantito) della giurisdizione del giudice amministrativo.

La legge n. 241/1990 dopo la sua novellazione, potrebbe ben essere denominata legge sul provvedimento amministrativo, oltre che sul procedimento amministrativo, fermo restando che la garanzia assicurata mediante la nuova attenzione ai profili strutturali dell'atto, garanzia data dall'esistenza del provvedimento amministrativo, è garanzia che appare e scompare, non essendo il

provvedimento sempre ed indissolubilmente legato , dal legislatore, all'esistenza ed all'esercizio del potere amministrativo.

E così anche il provvedimento, nella riforma, appare e scompare : può ben dirsi che è l'*agere* autoritativo dell'amministrazione a celebrare, con la novella, i suoi fasti ( preannunciati dalla sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 ); e non la motivazione del provvedimento, il cui ruolo – già sancito dall'art. 3 della legge n. 241/1990 - è parzialmente dequotato, sin al suo annichilimento, negli istituti del silenzio assenso generalizzato e della nuova denuncia di inizio dell'attività e nell'affermata residualità del silenzio-inadempimento.

Una scomparsa del procedimento ( non del provvedimento ) si ha invece nella nuova disciplina degli accordi amministrativi , nella quale l'*agere* consensuale dell'amministrazione si sposa con la mera adozione di un calendario di incontri ( art. 11 comma 1 bis della legge n. 241/1990) che è connotato da informalità e massima flessibilità , non prevedendo forma scritta, verbalizzazione, ma dando rilevanza al mero contatto fra amministratore e privato.

### **3. La nullità nel quadro dei vizi del provvedimento amministrativo**

Veniamo ora ad esaminare più da vicino le questioni relative alla nuova categoria giuridica della nullità del provvedimento amministrativo introdotta dall'art. 21 septies della legge n. 241 /1990 come novellata dalla legge n. 15/1990.

Per una tradizione risalente della dottrina giuridica amministrativistica, la nullità era praticamente indistinguibile dall'inesistenza , i due vizi, pur essendo talvolta menzionati separatamente - perché il primo riportato ad un negozio ( provvedimento ) esistente ma gravemente viziato, mentre il secondo identificato con le ipotesi di assoluta mancanza, nella realtà fenomenica, degli indici minimi idonei ad individuare un provvedimento o, nella realtà giuridica, di un potere - erano comunque contrapposti all'annullabilità ritenuta figura di rilevanza generale, comprendente qualsiasi vizio di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere .

In conclusione non si riteneva che le pur concettualmente distinte ipotesi di nullità ed inesistenza comportassero rilevanti differenze di disciplina ( ad es. sul piano dell'attitudine – del provvedimento nullo o inesistente – a degradare il diritto soggettivo; attitudine mancante in entrambi i casi ; o circa la giurisdizione spettante al giudice ordinario in presenza di un diritto soggettivo non degradato; o circa la generale mancanza di un'azione di nullità in presenza di interessi legittimi che si volevano, in via generale, tutelati con l'azione di annullamento).

Ora alcune delle ipotesi di nullità – inesistenza vengono trattate distintamente nell'art. 21 septies della legge n. 241/1990, con l'evidente intento del legislatore di disciplinare la struttura del provvedimento amministrativo rafforzando le garanzie dei privati e legittimando azioni svincolate dai termini di decadenza dell'azione di annullamento in presenza di gravi vizi dell'atto.

Da ciò derivano una *serie di conseguenze sistematiche non ben valutate dal legislatore* che ha posto una norma molto lacunosa e bisognosa di una disciplina processuale integrativa che precisi i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo sul provvedimento nullo e le regole dell'azione.

Ciò non esime, nell'indagine tipica del giurista positivo, tenuto allo *ius positum*, dal dovere di distinguere più precisamente quali patologie riportare a vizio di inesistenza, quali a nullità e quali, infine, ad annullabilità.

Vanno quindi esplorate le conseguenze della nuova strutturazione dei vizi dell'atto amministrativo sulla giurisdizione .

In ultimo deve delinarsi, nel silenzio del legislatore, la disciplina processuale dell'azione di nullità.

#### 4. I vizi di nullità

In primo luogo abbiamo l'inesistenza dell'atto amministrativo, vizio gravissimo, che, stante la limitazione dell'art. 21 septies alle sole ipotesi di nullità dell'atto ed in considerazione della mancata menzione , nella predetta norma, dell'ipotesi della carenza di potere come ipotesi di nullità ( tale non dovendosi ritenere il difetto assoluto di attribuzione che è invece da individuarsi nel vizio di incompetenza assoluta, poiché tale espressione è stata utilizzata proprio per dare rilievo alle ipotesi di incompetenza assoluta<sup>1</sup> ) deve ritenersi ancora sussistente sia nell'ipotesi in cui un atto amministrativo manchi del tutto sul piano fenomenico, sia nell'ipotesi in cui esso vi sia ma difetti del tutto un potere amministrativo.

---

<sup>1</sup> L'incompetenza si ha quando un'amministrazione pubblica esercita un potere che non le spetta ma che comunque compete ad altra amministrazione. In altri termini il vizio di incompetenza consiste nella violazione del canone di riparto dell'esercizio del potere amministrativo ( in astratto ed in concreto ) esistente.

Nodo da sempre problematico è quello della distinzione fra incompetenza relativa ed incompetenza assoluta, con la prima espressione si allude al vizio di legittimità dell'atto amministrativo che ai sensi dell'art. 26 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato e 2 della legge sui Tar, costituisce motivo di annullabilità del provvedimento.

L'incompetenza assoluta è stata, tradizionalmente intesa come motivo di nullità dell'atto . In tal senso è anche la ricostruzione di A. SUSCA *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15 /2005 e n. 80/2005* Milano, 2005, 71 e ss. *L'attribuzione*, nota bene A. SUSCA, è una qualificazione giuridica organizzativa che contrassegna l'ambito degli interessi pubblici affidati alla cura di un determinato centro di riferimento; il suo difetto comporta incompetenza assoluta; la competenza è invece la misura dell'esercizio dell'attribuzione la quale viene ripartita secondo i noti criteri della materia , del territorio e del grado. Tali affermazioni possono sottoscrivere per la loro precisione.

In sostanza nell'ipotesi di incompetenza relativa l'organo incompetente appartiene al medesimo plesso organizzativo cui appartiene l'organo competente ; invece nell'incompetenza assoluta, o difetto assoluto di attribuzione, il provvedimento è adottato da un organo che opera in un plesso radicalmente diverso da quello a cui appartiene l'organo competente (rilascio di un titolo di studio da parte di un Questore, emanazione di un provvedimento di espulsione di uno straniero da parte di un Direttore sanitario ecc. ).

Da tali acute osservazioni dovrebbe discendere la pacifica riconduzione dell'ipotesi del difetto assoluto di attribuzione all'incompetenza assoluta e solo a quella ipotesi.

Invece lo stesso documentato studio della A. SUSCA, op. cit. pag. 94 , riporta poi il concetto di difetto assoluto di attribuzione alla carenza di potere in astratto, da ciò facendo derivare la conseguenza della presumibile scomparsa della c.d. carenza di potere in concreto che il legislatore vorrebbe ricondurre all'annullabilità ( non menzionandola fra le cause di nullità dell'atto amministrativo ).

Ciò appare criticabile e non del tutto persuasivo.

Invero la norma non riconduce affatto la carenza di potere in astratto alla nullità, ma ciò fa con riguardo alla sola incompetenza assoluta : ciò è perfettamente congruo sul piano sistematico ed in linea con la tradizione e con l'uso linguistico dell'espressione "difetto assoluto di attribuzione" nonché con il significato di sfera di "attribuzione" in relazione all'esistenza di diversi apparati organizzativi della p.a.

Da ciò derivano ulteriori corollari : la carenza di potere in astratto non è menzionata dalla norma ed è quindi un'ipotesi di inesistenza dell'atto amministrativo, che comporta, di norma, la giurisdizione del giudice ordinario .

Quanto alla carenza di potere in concreto, sussistente in quanto si ritenga esistente una norma attributiva del potere avente struttura deontica condizionata, può continuare a sussistere, ove se ne ammetta la configurabilità, come ipotesi di inesistenza.

La giurisprudenza amministrativa è di diverso avviso, poiché non considera la carenza di potere in concreto una figura ammissibile ( e non del tutto a torto per l'arbitrarietà che connota la qualificazione delle norme attributive del potere a struttura condizionata ) ma ciò continuerà ad essere oggetto di disputa interpretativa, sulla valenza delle norme in giuoco, ossia sulla loro eventuale natura di norme attributive di un potere a determinate condizioni ovvero disciplinanti il mero esercizio del potere.

Naturalmente in questa ipotesi può ben essere fatta rientrare anche la c.d. carenza di potere in concreto, laddove la norma attributiva del potere abbia una struttura deontica di tipo condizionale, ossia attribuisca il potere solo in ricorrenza di alcune specifiche ed essenziali condizioni di fatto, la cui concreta mancanza determina l'inesistenza del provvedimento.

Come è noto nella ricostruzione delle vicende espropriative la Cassazione, quale giudice regolatore della giurisdizione, ha per lo più ritenuto esistente il potere di esproprio non in astratto ma solo in ricorrenza di alcuni adempimenti compiuti dalla stessa amministrazione ( ad es. fissazione e rispetto dei termini iniziali e finali per l'esecuzione dei lavori e del termine per l'emanazione del decreto di esproprio ) mentre il giudice amministrativo ha riportato a sé le stesse controversie in cui si faceva questione del mancato rispetto di detti termini, sul presupposto della valutabilità solo in astratto dell'esistenza del potere amministrativo e della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo emanato fuori termine; orbene tale contrasto interpretativo determinatosi per effetto del non perspicuo dettato normativo, non è risolto per nulla dall'art. 21 septies della legge n. 241/1990, che continuerà a far disputare i due ordini di giudici sui limiti della giurisdizione e sui confini della categoria dell'inesistenza, essendosi tale norma limitata a disciplinare fra le ipotesi di nullità l'incompetenza assoluta.

Poi abbiamo la nullità : la norma enumera e noi dobbiamo enumerare con lei, essendovi tenuti, perché il dettato legislativo obbliga l'interprete e le leggi non sono fogli macchiati d'inchiostro.

La norma considera nullo il provvedimento che manca degli elementi essenziali, il provvedimento viziato da difetto assoluto di attribuzione, il provvedimento adottato in violazione od elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

L'elenco è tassativo ossia non possono darsi casi di nullità al di fuori di quelli contemplati dalla norma.

Le singole ipotesi, tuttavia, sono ben lungi dall'essere ben definite e delimitate, sicché, pur nell'indubbia tassatività dell'elencazione, permangono dubbi interpretativi di notevole spessore.

Vanno individuati intanto gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo che la norma menziona in modo generico, senza dare specifiche indicazioni.

Si tratta, con evidenza, stando alla tradizione manualistica,<sup>2</sup> del soggetto, dell'oggetto, della volontà, della forma e della causa. Poiché un provvedimento amministrativo non può sussistere senza un autore che lo ponga in essere, senza una materia regolata, senza un contenuto dispositivo, senza una veste formale che lo renda identificabile ed, infine, senza una causa che ne giustifichi l'esistenza nel mondo giuridico.

Il soggetto : stante la rilevanza del soggetto autore dell'atto amministrativo, che deve essere un funzionario incardinato legittimamente nella p.a., non vi dovrebbero essere dubbi a riportare alla nullità ad es. le ipotesi di atti emanati da funzionari di fatto.

L'oggetto : è evidente che l'oggetto è la realtà fenomenica presa in considerazione dall'atto amministrativo, per sottoporla ad una determinata concreta disciplina, in caso di impossibilità di determinazione di tale realtà ( ad es. concessione priva di una sottostante realtà materiale ) o di illiceità dell'oggetto ( ad es. rilascio di una licenza indiscriminata di uccidere ad un agente segreto o ad un appartenente a forze di polizia ) ne deriverà la nullità dell'atto o del provvedimento.

---

<sup>2</sup> Citata da tutti gli autori che si sono occupati del tema.

La volontà : il contenuto dispositivo dell'atto deve essere riconoscibile e lecito. In difetto di tali requisiti il provvedimento potrebbe essere in predicato di nullità. Si pensi al caso di un atto del tutto perplesso che non scelga fra alternative menzionate in motivazione ovvero ad un atto che sia illecito come un ordine criminoso.

La forma per condurre alla nullità deve essere prevista *ad substantiam* : l'atto amministrativo, in via generale, dovrà rispettare la forma scritta , salvo i casi in cui l'ordinamento ammetta l'atto tacito ( ad es. silenzio assenso, silenzio rigetto ecc. ). Ma la forma diversa da quella scritta è comune in una serie rilevante di attività amministrative. Ne deriva la nullità di atti adottati in forma diversa da quella *di volta in volta prescritta ad substantiam* . Si pensi al difetto di sottoscrizione dell'atto che impedisce la sua riconducibilità al funzionario, ovvero al difetto di verbalizzazione degli organi collegiali.

La causa : anche la causa del provvedimento deve essere possibile, determinata o determinabile e lecita. Si integra tale ipotesi nel caso in cui l'atto sia strutturalmente inidoneo a perseguire il pubblico interesse per il quale è stato adottato o difetti di qualsiasi riferimento ad un pubblico interesse. Naturalmente si tratta di ipotesi per un verso a confine con quelle di eccesso di potere, ma di gravità evidente, *al limite della criminalità ovvero dichiaratamente di rilevanza penale*; per altro verso a confine con quelle di carenza di potere, ma *tali che il potere, pur astrattamente esistente, sia stato esercitato in concreto in modo del tutto privo di causa , e senza che ciò venga fuori da meri indici sintomatici , trattandosi di fattispecie di carenza di causa del tutto conclamata* .

L'atto nullo per carenza di causa o per causa illecita è da distinguersi dall'atto inesistente per carenza di potere in concreto poiché nel caso dell'atto nullo il potere esiste, sia in astratto che in concreto essendovi una norma attributiva del potere, anche condizionata, e non venendo in rilievo condizioni di esistenza del potere ma solo modalità del suo concreto esercizio.

In sostanza , anche da questa prima rassegna di ipotesi emerge che l'atto illecito è per lo più nullo. Quindi atti nulli sono gli atti che difettano di elementi essenziali , gli atti illeciti, gli atti viziati da incompetenza assoluta.

Non gli atti adottati in carenza di potere in astratto ( o in concreto ove si ammetta tale figura), da riportarsi invece all'inesistenza.

In ultimo vi sono le ipotesi di violazione ed elusione del giudicato, che sono state enucleate da tempo dalla giustizia amministrativa come ipotesi di nullità *onde evitare che l'azione di ottemperanza sia vanificata dalla necessità di impugnare atti dell'amministrazione di portata assolutamente non soddisfattiva nel termine decadenziale*.

*Una prima conseguenza dell'introduzione di questa ipotesi che legifica un orientamento giurisprudenziale è tuttavia l'irrigidimento delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza : in particolare ai sensi del nuovo art. 21 septies la nullità è prodotta dal giudicato e non può essere interpretata estensivamente con la necessità di escludere i casi non riconducibili alla c.d. cosa giudicata formale*.

Non dovrebbe quindi più considerarsi nullo l'atto adottato in violazione di una sentenza esecutiva ( di primo grado ) non passata in cosa giudicata ( contra ma prima della riforma Cons. Stato V 11 ottobre 1996 n. 1231; Cons. Stato V , 6 ottobre 1999 n. 1329) e nemmeno l'atto contrario ad una pronuncia cautelare.

Quanto poi agli altri casi previsti dalla legge si tratta di fattispecie note e ricorrenti nella giurisprudenza, quali quella/e della violazione dei termini tassativi della *prorogatio* , delle

assunzioni senza previo concorso, del conferimento di mansioni superiori al di fuori dei casi previsti dalla legge e senza concorso, del conferimento di incarichi esterni senza autorizzazione dell'amministrazione di provenienza ecc..

Residuale in questo quadro appare l'annullabilità che sarà prevista per le tradizionali ipotesi di incompetenza relativa, violazione di legge ed eccesso di potere.

### **L'atto nullo ed i presupposti del giudizio di ottemperanza**

Il presupposto dell'azione di ottemperanza è la violazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato. L'atto adottato dall'amministrazione in violazione o elusione di giudicato è nullo. Sulla cognizione dell'atto nullo il giudice amministrativo ha cognizione in giurisdizione esclusiva.

E' stato detto che in questa formula sintetica dell'obbligo di conformarsi al giudicato ( lapalissiana ) è riassunta tutta la problematica alimentata sul processo amministrativo per tre quarti secolo.<sup>3</sup>

La violazione dell'obbligo può concretarsi in quattro casi : 1) inerzia; 2) adozione di atto contrastante con il giudicato ; 3) adozione di un atto elusivo, che adempie solo apparentemente all'obbligo ; 4) adozione di atto di ottemperanza solo parziale al giudicato.

Il giudicato non si produce in relazione alle sentenze solo processuali e quindi nemmeno , in relazione a tali sentenze possono esservi vicende di violazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato : dubbi vi sono per le sentenze che dichiarano condizioni dell'azione come l'interesse ad agire e la legittimazione, o che prendono atto della cessazione della materia del contendere.

In questi casi, infatti, le condizioni dell'azione o la cessazione della materia del contendere sono evenienze processuali che rispecchiano un determinato assetto degli interessi sostanziali, ad es. la cessazione della materia del contendere riguarda l'idoneità dell'atto adottato nel corso del giudizio a soddisfare la pretesa sostanziale azionata dal ricorrente; l'interesse ad agire riguarda la utilità dell'azione proposta in relazione alla concreta situazione giuridica vantata dall'interessato, la legittimazione riguarda la stessa astratta possibilità , alla luce della prospettazione, di configurare il ricorrente come titolare dell'interesse azionato ( in ciò distinta dalla titolarità e l'esistenza/legittimità effettiva dell'interesse, che è vicenda che riguarda la fondatezza della pretesa).

Le sentenze meramente processuali come quelle che dichiarano il ricorso irricevibile o estinguono il giudizio o danno atto dell'intervenuta rinuncia agli atti del giudizio non producono effetti sostanziali.

Così anche i provvedimenti istruttori, le nomine dei consulenti tecnici, gli atti aventi contenuto ordinatorio.

---

<sup>3</sup> In tal senso C.CALABRO' *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati* in Enc. Dir. Agg. XI, 2003.

La statuizione sulle spese ha attitudine a passare in cosa giudicata, essendo una pronuncia avente l' idoneità di accertare in senso positivo la soccombenza , disponendo, mediante la condanna, alcuni effetti patrimoniali ovvero ravvisando nella sussistenza di giusti motivi una causa per non gravare il soccombente dei costi della controversia.

Le sentenze di rigetto conducono all'impossibilità di esercitare autotutela di annullamento per i vizi ritenuti insussistenti in sede di rigetto.<sup>4</sup>

L'assorbimento di alcuni motivi può tuttavia lasciare l'amministrazione libera di agire.

Se il giudice rigetta il ricorso assorbendo alcuni motivi e l'amministrazione annulla l'atto impugnato per i vizi non esaminati, il controinteressato non può lamentare la violazione del giudicato, poiché il vincolo a non autoannullare riguarda solo i motivi espressamente esaminati.

L'annullamento si ritiene autoesecutivo, di norma.

In realtà ciò dipende dalla situazione azionata, dalla natura dell'interesse del privato leso, se oppositivo, esso viene reintegrato immediatamente dall'annullamento, sia pure sotto il profilo giuridico, restando aperta la valutazione circa la necessità di attività di ripristino delle situazioni materiali medio tempore modificate per effetto dell'azione amministrativa illegittima e di eventuali pretese risarcitorie per le utilitates non più conseguibili in virtù del ripristino della situazione sostanziale anche sotto il profilo pratico e non solo sotto il profilo giuridico.

In caso di interessi pretensivi l'annullamento del diniego non è soddisfacente, il privato attende il riesercizio del potere secondo modalità legittime, nelle rime obbligate della legalità accertata nella sentenza passata in giudicato, mentre l'annullamento di un atto di secondo grado ( revoca , annullamento, diniego di approvazione ) determina la riviscenza dell'atto annullato che può essere integralmente soddisfacente o rendere necessari alcuni passaggi procedurali ulteriori a seconda della fase e dell'attività procedimentale svolta.

Il giudizio amministrativo di annullamento è una parentesi che si apre all'interno di un procedimento amministrativo, esso, al di là delle ipotesi di giurisdizione esclusiva su diritti, che ammettono azioni di condanna trattate in fase esecutiva alla stregua di un'esecuzione puntuale , civilistica, di carattere non integrativo-attuativo, si mostra come un giudizio che si proietta nella ottemperanza in modo molto vario .

Ciò ha determinato nella dottrina la convinzione che la regola posta in sentenza sia una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata.<sup>5</sup>

La completezza della regola posta dalla sentenza dipende dall'accuratezza dei motivi di ricorso, per cui può ben dirsi che il diritto amministrativo è il campo in cui meglio si rivela la necessità della lotta per il diritto, l'incessante lotta fra il cittadino ed il potere pubblico.

A fronte di un processo la cui efficacia dipende dalla sapienza della parte tecnica nella costruzione del ricorso va fatta una fugace notazione : la struttura delle professioni incide sulle possibilità concrete di tutela, la debolezza degli istituti previsti a tutela dei

---

<sup>4</sup> Cfr. CALABRO' op. ult. cit. pag. 2 e ss.

<sup>5</sup> NIGRO op. ult. cit. , 332.

meno abbienti, la previsione della illiceità dei patti di quota lite ( che in altri ordinamenti sono lo strumento attraverso cui il povero che abbia buone ragioni può munirsi del migliore avvocato e sfidare , novello Davide, il Golia delle strutture burocratiche moderne) sono cause non meno gravi dell'ineffettività della giustizia rispetto alle cause ordinariamente indicate dalla pubblicistica giuridica ed anche dalla stampa non specializzata ( le lentezze dei giudizi, i privilegi dell'amministrazione, l'arretrato cospicuo).

La mancanza di un pubblico ministero poi determina ulteriori guasti : poiché i giudizi sono attivati dalle parti private , che nella moderna economia di mercato possono essere anche più forti della pubblica amministrazione ed avere “catturato” l'amministrazione prima e fuori del giudizio, giova la presenza di altri soggetti nel processo, tenuto anche conto che si controverte su interessi pubblici.

In proposito va senz'altro condivisa la notazione per cui il processo amministrativo si giova della presenza dei controinteressati, ma può anche rilevarsi che non guasterebbe in esso, in taluni casi, la presenza di un pubblico ministero che concludesse nell'interesse della legge o al quale fosse affidato, ad esempio nella materia ambientale, il compito di proseguire nell'azione intrapresa dai privati tacitati sul piano patrimoniale pur in presenza di eclatanti violazioni del bene ambiente .<sup>6</sup>

Naturalmente alla presenza del pubblico ministero non vanno mai collegate aspettative salvifiche : la storia è piena di smentite ad illusioni così nefaste di palingenesi processuale e giustiziale.

La regola del giudicato dipende dal giudizio ed il giudizio, nel processo di parti, ha il contenuto che le parti hanno ritagliato per ciascuna vicenda amministrativa.

In questo senso *habent sua sidera lites*, ma non perché le decisioni siano imprevedibili ( la giustizia amministrativa per la coesione culturale dei componenti produce una giurisprudenza prevedibile e costituisce un formante dell'ordinamento fra i più affidabili ) ma perché spetta alle parti ritagliare la richiesta di tutela necessaria ed al giudice non è dato supplire alle loro inerzie.

Solo le inerzie dell'amministrazione dopo il giudicato possono trovare una sanzione giudiziale nonostante le carenze della prospettazione della parte, le stesse modalità di introduzione della domanda di ottemperanza, presentabile, dopo apposita diffida ed inutile decorso del termine per l'adempimento all'obbligo di conformarsi al giudicato, con ricorso da depositare e da comunicare all'amministrazione, prova che il processo ha un andamento più officioso del processo ordinario di cognizione ed ammette una più forte attività inquisitoria del giudice.

Naturalmente se l'aspettativa di giustizia è collegata alla completezza del dictum giudiziale non appare legittima la prassi di assorbimento dei motivi o la sentenza breve che si sofferma solo sul vizio formale lasciando impregiudicata ogni altra questione sollevata in giudizio.

---

<sup>6</sup> CALABRO' op. ult. cit., 2003, 3.

La complessità dei nodi posti dalle liti giudiziarie non deve essere elusa dalle parti e dal giudice in nome della velocità dei tempi moderni che ispira riti abbreviati, sentenze brevi et similia.

Il giudicato è stato osservato può riguardare attività amministrative anche molto complesse : il rifacimento di piani regolatori, di piante organiche di farmacie, il riordino di enti, in questi casi se l'amministrazione non provvede la palla è del giudice, in sede di azione di ottemperanza costretto ad entrare nel vivo dell'azione amministrativa, con poteri sostitutori.<sup>7</sup>

### **L'inerzia e l'atto elusivo**

La storia dell'atto elusivo è la storia dell'ampliamento dei presupposti del giudizio, storia graduale, in applicazione di un'ottica rimediale avverso gli abusi dell'amministrazione, che, astretta dall'obbligo di esecuzione del giudicato, non intendesse farsene carico.

E' ovvio che l'inerzia legittimi il vincitore della causa a tornare dal giudice per domandare provvedimenti attuativi, ma meno ovvio che ciò possa avvenire quando l'amministrazione in qualche modo abbia provveduto sulla vicenda negando tutela sostanziale all'interesse del privato.

La teorica dell'atto elusivo consentendo una straordinaria concentrazione di tutela , consegna al giudizio di ottemperanza il compito di valutare la rispondenza al giudicato dell'attività che l'amministrazione astretta da un obbligo di conformarsi al giudicato abbia realizzato per soddisfare l'interesse legittimo azionato.

L'atto elusivo è l'atto non conforme, non è richiesta una frode, un atteggiamento di aperta elusione od ingannatorio o realizzato mediante artifici o raggiri incidenti sulla buona fede dell'amministrato.

La buona fede è violata di per sé dall'adozione di un'atto non conforme all'obbligo.

E evidente che un'autorità scaltra può continuare ad emanare provvedimenti costringendo il privato all'inseguimento dell'attività lesiva continuamente posta in essere mediante la proposizione , di volta in volta, della rituale impugnativa , della quale il privato sarebbe onerato per non subire le decadenze legate al decorrere dei termini; con tale condotta l'amministrazione può fiaccare le resistenze dei privati e ponendo un vero e proprio insormontabile giogo sulle loro spalle.

L'atto elusivo evita l'inseguimento senza fine, la "fuga senza fine" dell'amministrazione.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> CALABRO' op. ult. cit. 3.

<sup>8</sup> Fuga senza fine è un noto e splendido romanzo di J. Roth, sulle inquietudini di un mitteleuropeo sradicato nell'epoca della Vienna di fine secolo, : l'amministrazione, alla fine, può dare di più di una somma di inquietudini, considerato che essa nasce per assicurare la pace , secondo la visione hobbesiana del Leviatano. La pace la si assicura in primo

Atto elusivo è l'esecuzione apparente, incompleta, l'atto solo preparatorio, l'istruttoria defatigante, la richiesta inutile di pareri, la semplice proposta che porta il procedimento ad uno stadio iniziale da tempo superato, l'adozione di atto inefficace, la semplice notifica dell'intenzione di provvedere, la lungaggine procedurale non tollerabile collegata alla mera adozione di atti di spesa.

Ancora : atto elusivo è l'atto che solo in via teorica accoglie la prospettiva del ricorrente vincitore, in realtà apponendo riserve o condizioni, o clausole che rendono l'interesse azionato povero di tutela, lasciandolo nudo senza più la *forza* sentenza e senza ancora il *bene* della soddisfazione.

Atto elusivo è l'atto che sottrae la forza senza dare il bene e ciò fa non in virtù di un superiore e legittimo interesse non considerato dalla sentenza ( *ius superveniens* o motivo non delibato), ma al fine di sostanzialmente confermare la posizione risultata già soccombente in giudizio.

La motivazione è al centro dell'atto elusivo, essa esaminata alla luce del giudicato appare pretestuosa, insufficiente, inconsistente, non ragionevole defatigatoria.

Stabilire se un atto sia elusivo o non è il cuore del giudizio sui presupposti dell'ottemperanza.

Da questo giudizio appare chiaro dipenderà la necessità di impugnare l'atto nelle vie ordinarie, un giudizio di ottemperanza a quel punto potrebbe convertirsi in giudizio ordinario in presenza dei presupposti formali e sostanziali del processo ordinario.

Ma in casi dubbi si ritiene che le azioni siano cumulabili, al fine di consentire al privato di non rimanere "scoperto" nella ipotesi in cui l'amministrazione abbia allegato un impedimento giustificato all'inadempimento dell'obbligo di ottemperanza.

## **La nuova veste del giudizio di ottemperanza ed i poteri estesi al merito del giudice**

La valorizzazione del contenuto conformativo ed ordinatorio della sentenza amministrativa, suscettibile di esecuzione immediata, fa assumere ad esso un aspetto di esecuzione più che quello di cognizione<sup>9</sup>.

Si possono quindi ritenere ormai superate le accese dispute dottrinali sul carattere esecutivo o cognitorio del giudizio in questione<sup>10</sup>, per invece accedere ad una *concezione ampia di processo*

---

luogo conformandosi a leggi e sentenze nella vita interna dello Stato e poi all'esterno, mediante la sapiente organizzazione della forza degli apparati. L'ottemperanza è ordinata, mediante l'irrelevanza dell'atto elusivo, a garantire la velocità della soddisfazione dell'interesse legittimo e quindi la pace sociale, la chiusura del cerchio, il blocco della fuga senza fine.

<sup>9</sup> Cfr. supra, capitolo 2.5.3.

<sup>10</sup> Sul carattere esecutivo cfr, PAJNO A., *Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione*, in Foro amm., 1987, I, 1645 ss.; VERDE G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in R. D. proc., 1980, pag. 642 ss; Sul carattere cognitorio del giudizio di ottemperanza, cfr, SANDULLI A. M., *Esecuzione delle*

*esecutivo* che non miri unicamente ad una puntuale esecuzione del dictum giudiziale, ma che punti ad una *definizione complessiva del rapporto sostanziale* attraverso anche un'attività cognitiva su profili eventualmente non toccati dalla sentenza che emergano in sede di esecuzione della stessa e che debbano considerarsi coperti dal giudicato implicito ( che copre l'area delle questioni logicamente presupposte a quelle risolte dalla sentenza e risolvibili in modo univoco a pena di violarne un'espressa statuizione) o meramente consequenziali <sup>11</sup>.

Questo non implica, come si riteneva in passato, che solo tramite la giurisdizione di merito del giudice dell'ottemperanza il privato giunga ad una definizione per lui soddisfacente della controversia, mentre il processo di primo grado definirebbe solo in via provvisoria la fattispecie sottoposta all'analisi del giudice; se proprio si vuole vedere il giudizio di ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio ordinario, lo si dovrebbe intendere unicamente nel senso di processo condizionato all'oggetto del giudizio di merito<sup>12</sup>.

L'attribuzione di una giurisdizione di merito al giudice dell'ottemperanza significa che nessun limite della giurisdizione amministrativa<sup>13</sup> può essere opposto a garanzia dell'amministrazione, con la conseguenza che il giudice può operare tutte quelle valutazioni discrezionali, anche tramite il commissario ad acta, che spesso involgono delicate questioni di politica dell'amministrazione.

La possibilità del giudice di sostituirsi all'amministrazione è, in questa ottica, solo un'effetto della inottemperanza dell'amministrazione, della violazione del dovere di esecuzione del giudicato, assumendo così un'ottica quasi sanzionatoria dell' "inerzia" o dell' "elusione".

Ciò che si vuole sottolineare è che la vicenda della sostituzione del giudice all'amministrazione è il risultato di una situazione patologica, non fisiologica, un rimedio estremo predisposto al fine di "chiudere" il cerchio imposto dall'operatività del principio di legalità amministrativa.

La natura sanzionatoria dell'ottemperanza rende possibile l'esercizio del potere di merito, nel quale il giudice si fa amministrazione, potere non implicato dal giudicato, considerando che la sentenza amministrativa definisce il rapporto tra cittadino ed amministrazione e che tramite il conseguente effetto conformativo, ripristinatorio ed eliminatore, i comportamenti della p.a. in

---

*pronunce del giudice amministrativo*, Scritti giuridici, Napoli, 1990, pag. 664 ss. Per la configurazione di un giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione cfr. CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, pag. 989; NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della l. sul Con St.*, Rass. d. pubbl., 1954, 26.

<sup>11</sup> MONTEDORO G., *Ottemperanza speciale contra silentium ed ottemperanza anomala nel processo amministrativo* (Nota a C. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 396, Soc. Saturnia c. Com. Udine). Urbanistica e appalti, 2001, 883; secondo cui il giudizio di ottemperanza ha una certa attitudine ad integrare il giudicato amministrativo, essendo fisiologicamente legato alla necessaria incidenza del giudizio amministrativo sull'azione della p.a. intesa quale attività perennemente in fieri, incerta nel suo farsi quotidiano, soggetta a continui mutamenti e correzioni, fra flessibilità e coerenza, vincoli e sopravvenienze, tanto che in alcun modo l'attività del giudice amministrativo in tema di esecuzione del giudicato può essere paragonata a quella, scandita da termini e certezze e segnata dal titolo esecutivo, del giudice civile.

<sup>12</sup> L'orientamento volto a riconoscere natura esecutiva al giudizio di ottemperanza parte dal presupposto che il giudizio amministrativo abbia ad oggetto il rapporto, valorizzando la cognizione del giudizio di legittimità anche a seguito dei nuovi strumenti istruttori concessi al giudice amministrativo dalla l. 205/2000; naturalmente anche in questa prospettiva non può essere eliminata la cognizione relativa all'esatto adempimento dell'obbligo. Sul punto cfr., FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, pag. 73 ss.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10012.

esecuzione della regola iuris affermata dal giudice sono vincolati; mentre, qualora permangono aspetti di discrezionalità, in realtà si è già al di fuori dello spazio coperto dalla sentenza.<sup>14</sup>

Va quindi escluso che, nonostante la dizione letterale dell'art. 21 septies, l'ottemperanza abbia perso i caratteri di giurisdizione di merito, dovendosi ammettere piuttosto che possa aprirsi un incidente di cognizione per la declaratoria della nullità dell'atto elusivo o violativo del giudicato.

### **La storia giurisprudenziale della nullità dell'atto elusivo e dell'atto assunto in violazione di giudicato**

Per apprezzare pienamente la portata del nuovo disposto legislativo occorre ripercorre la storia giurisprudenziale dei presupposti dell'ottemperanza.

Fino ai primi anni sessanta la giurisprudenza ammetteva il giudizio di ottemperanza solo a) se l'amministrazione si fosse rifiutata espressamente di dare esecuzione alla sentenza, b) se l'amministrazione non avesse dato corso all'esecuzione della sentenza stessa.<sup>15</sup>

Successivamente si è prodotta un'evoluzione, che ha condotto la giurisprudenza ad ammettere il giudizio di ottemperanza anche in un ulteriore caso che si ha quando c) l'amministrazione abbia dato corso all'esecuzione della sentenza ma in modo incompleto e parziale ( Cons. Stato VI 9 agosto 1996 n. 990 in Foro It. Rep. 1997 voce *Giustizia amministrativa* n. 1034 ) ed altresì quando d) l'amministrazione abbia adottato sì un provvedimento definitivo ma in violazione di giudicato ( cfr. *Cons. Stato ad. Plen. 19 marzo 1984 n. 6 in Foro It. ,1984 III, 331 che afferma per la prima volta la tesi della nullità di tale provvedimento* ; la vicenda aveva ad oggetto un giudicato che aveva riconosciuto un punteggio preciso al partecipante di un concorso, mentre l'amministrazione, in sede di rinnovazione della procedura aveva riesaminato i titoli ed assegnato un punteggio inferiore ).

La giurisprudenza più risalente, ma talvolta anche recente, aveva ritenuto che, ove l'amministrazione avesse provveduto all'esecuzione, solo nel caso di violazione di giudicato potesse, nonostante l'atto, contestarsi l'operato dell'amministrazione con l'azione di ottemperanza ( in tal senso Cons. Stato VI 21 agosto 1993 n. 558).

Con riferimento all'ipotesi della violazione di giudicato si è posta a partire dagli anni ottanta la questione del trattamento dei c.d. "atti elusivi": in via di prima approssimazione, e fermo quanto già detto sul fatto che la nozione di atto elusivo ci porta al centro della questione della

---

<sup>14</sup> I poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza, anche a fronte di attività discrezionale della p.a., sono stati espressamente riconosciuti da Cons. St., Ad Pl., 14 luglio 1978, n. 23, secondo cui il giudice può "porre in essere l'attività che la p.a. avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire."; VILLATA R., *Riflessioni in tema di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in Dir. proc. amm., 1989, pag. 376. DE LEONARDIS P., *L'ottemperanza nell'amministrazione*, Torino 1995, pag. 133, secondo cui invece la giurisdizione di merito non è disponibile allo scopo di suscitare una completa surrogazione dell'autorità amministrativa da parte del giudice, soprattutto quando si tratta di sostituire valutazioni discrezionali o di porre in essere procedimenti di competenza dell'amministrazione, su cui la sentenza non si è espressa, ma che pure sono necessari ai fini dell'ottemperanza. Ma l'impostazione sembra condannare la giustizia al perpetuo inseguimento dell'amministrazione. Il problema essendo solo l'individuazione dell'area dei poteri surrogabili perché essenziali all'esecuzione del giudicato.

<sup>15</sup> Così A. ROSSANO, *Rassegna di giurisprudenza sulle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 389 e ss.

motivazione dell'esercizio del potere amministrativo, possiamo definire elusivi gli atti che l'amministrazione adotta senza dare effettivo adempimento al giudicato, ma dando al giudicato un adempimento solo apparente.<sup>16</sup>

E' emerso così un corposo indirizzo giurisprudenziale che con varie sfumature ha equiparato ed assimilato ai fini processuali gli atti adottati dall'amministrazione in violazione di giudicato con quelli assunti "in elusione".<sup>17</sup>

Nella logica di questo indirizzo – ormai legittimato dall'art. 21 septies più volte citato – la nozione di atto elusivo mantiene rilevanti margini di opinabilità.

Nella giurisprudenza recente è stato riconosciuto in concreto come elusivo un provvedimento che, dopo il giudicato, si sia limitato a reiterare il diniego di concessione edilizia al ricorrente, sulla base della necessità di un piano edilizio esecutivo, che la sentenza aveva ritenuto non essenziale ( Cons. Stato, V, 12 novembre 1996 n. 1335 Foro It., Rep. voce *Giustizia amministrativa*, n. 1009 ) così come nel caso di conferma di variante di un piano regolatore annullato dal giudice amministrativo senza alcuna modifica dalla quale desumere che si sia apprezzata nuovamente la fattispecie ( Tar Veneto, Sez. I, 8 febbraio 1996 n. 156, Foro It., Rep. 1996, voce cit. n. 867 ) ed ancora nel caso di ulteriore diniego di riconoscimento della causa di servizio di un'infermità basata solo su un'integrazione della motivazione senza rinnovazione dell'istruttoria tecnica espressamente riconosciuta carente nella sentenza passata in cosa giudicata ( Cons. Stato, V, 3 luglio 1996, n. 822, Foro It. Rep. 1996, voce cit. n. 837).

Ancora : non elusivo è stato considerato l'atto di rinnovazione di un atto di inquadramento di un dipendente pubblico, dopo l'annullamento del primo con sentenza passata in giudicato, avente un contenuto analogo rispetto a quello già annullato dal giudice amministrativo, anche se fondato solo su un riesame del materiale istruttorio già precedentemente raccolto evidentemente perché il giudice non ha ritenuto che la portata della sentenza, nel caso di specie, imponesse, necessariamente la rinnovazione dell'istruttoria ( Cons. Stato VI 24 maggio 1996 n. 728 Foro It. Rep. voce cit. n. 846), non elusiva è una revoca dell'indizione di una gara, successivamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, ma diversa conclusione potrebbe raggiungersi qualora non fossero evidenti le sopravvenute ed autonome ragioni di interesse pubblico che sorreggono l'atto di revoca indipendentemente dai vizi di legittimità dell'atto prima annullato ( Cons. Stato V, 17 ottobre 1995 n. 1433 id. n. 847 ), non elusiva è l'emanazione di un provvedimento contrario al ricorrente fondato su una disciplina regolamentare sopravvenuta, principio che – sia consentito - può accogliersi con un temperamento per cui anche l'uso del potere regolamentare deve essere conforme al principio di buona fede quando è in giuoco l'esecuzione di un giudicato ( Cons. giust. Amm. Sic. 25 ottobre 1996 n. 369 id. n. 852) non elusiva è la rinnovazione di un diniego di assunzione, dopo una prima sentenza di annullamento, quando il nuovo diniego sia fondato sulla sopravvenienza di norme che impongono la riduzione del personale da cui si desume che non v'è elusione del giudicato quando l'attività

---

<sup>16</sup> Sul tema cfr. A. SORRENTINO *Provvedimenti elusivi del giudicato e giudizio di ottemperanza* in Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 198, 189 e ss. ).

<sup>17</sup> Cfr. CdS sez. V, 7 marzo 1997 n. 216 in Foro It. Rep. 1997, voce cit., n. 1062; Tar Lombardia Sez. III 14 febbraio 1994 n. 61 id. Rep. 1994, voce *Atto amministrativo* n. 256; CdS sez. V, 20 giugno 1987 n. 394 id. Rep. 1987, voce *Giustizia amministrativa* n. 951 ; CdS sez. VI 15 ottobre 1986 n. 556 id. Rep. 1986, voce cit. n. 851; CdS sez. V 18 gennaio 1996 n. 49 id. Rep. 1996, voce cit. n. 871; CdS sez. IV 30 settembre 1995 n. 779 id. Rep., 1995, voce cit. n. 878; CdS ad. Plen. 29 gennaio 1980 n. 2, id. 1980, III, 161.

della p.a. può essere giustificata con l'invocazione dello *ius superveniens* ( Cons. Stato VI, 27 aprile 1995, n. 373 , id. n. 862) non elusivo è l'atto di rinnovazione di un diniego quando il precedente diniego sia stato annullato per difetto di motivazione ed il nuovo contenga una nuova motivazione ( Cons. Stato, V, 24 febbraio 1996 n. 240 id. n. 868 ) o sia fondato , comunque , su ragioni diverse ( Cons. Stato, V, 24 ottobre 1980 n. 875 id. Rep. , 1981, voce cit. n. 856).

In ultimo non elusivo è l'atto di ordinanza di un sindaco che, autorizzata la costruzione edilizia in esecuzione di un precedente giudicato, ne commina la decadenza per mancato inizio dei lavori nel termine previsto dal regolamento edilizio comunale ( Cons. Stato sez. IV , 7 aprile 1990 n. 253 id. Rep. 1990, voce cit. n. 934).

Sulla base della casistica appena illustrata si rileva che la nozione di “ atto elusivo” non si basa su ragioni di ordine soggettivo, da rinvenirsi nell'intento dell'amministrazione, pur potendo le ragioni e gli obiettivi del comportamento dell'amministrazione essere considerati come elementi di contorno nel giudizio, né si può identificare e risolvere nella teorica dell'atto in frode alla legge categoria civilistica, desumibile dall'art. 1344 cod. civ. che ha certo una relazione logica con il tema in esame ma se ne differenzia, nella sostanza, poiché l'atto in frode alla legge richiede all'interprete il raffronto fra una norma ed una concreta fattispecie mentre nel caso dell'atto elusivo il raffronto deve essere compiuto fra un concreto *dictum* giudiziale ed un provvedimento amministrativo.

E' stato detto con efficacia che la nozione di atto elusivo trova fondamento piuttosto su “una riflessione sugli effetti della sentenza di annullamento: alla stregua di una valutazione di questi effetti l'atto dell'amministrazione non risulta coerente con gli obblighi scaturenti dal giudicato.” ( Travi ) .<sup>18</sup>

L'attenzione si incentra in particolare sugli effetti conformativi, intesi non come un mero limite all'esercizio del potere amministrativo, ma come elementi ben più pregnanti perché espressivi della regola che, nel caso di specie, l'amministrazione è tenuta ad osservare.

Questa conclusione è espressa con chiarezza dalla giurisprudenza che , nell'identificare come criterio discriminante fra impugnazione ordinaria e giudizio di ottemperanza il carattere “elusivo” dell'atto da contestare, afferma che la qualificazione di questo atto dipende dalla sua oggettiva incompatibilità con il giudicato ( Cons. Stato V, 17 ottobre 1995 n. 1433 in Foro It. Rep. 1995, voce cit. n. 918 ) che precisa anche che , nel caso dell'atto elusivo, le entità prese in considerazione attengono al medesimo oggetto ed alla medesima attività amministrativa già verificate nella sentenza passata in giudicato ( così anche Cons. Stato IV 11 aprile 1988 , n. 330 in id. Rep. 1988, voce cit. n. 796). In questa logica l'atto elusivo è pienamente assimilato all'atto adottato in violazione del giudicato.

Un diverso indirizzo giurisprudenziale per cercare di superare le difficoltà legate all'identificazione dell'atto elusivo – come è noto – assegna rilievo , ai fini dell'ammissibilità del ricorso per l'ottemperanza, pur in presenza di atto adottato dall'amministrazione in apparente esecuzione del giudicato alla circostanza che il ricorrente dedurrebbe specificamente la difformità degli atti assunti dall'amministrazione rispetto al giudicato ( Cons. Stato, V, 29 gennaio 1996 n. 102 in Foro it. Rep. 1996, voce cit. n. 875; 1 aprile 1996 n. 328 in id. n. 876 ; Cons. Stato, IV, 30 settembre 1995 n. 779 id. Rep. , 1995 voce cit. n. 877 ; Cons. Stato VI, 10 agosto 1988 n. 991 in id. Rep. 1988 voce cit. n. 778 ) .

---

<sup>18</sup> Così A. TRAVI nota a CdS V 6 febbraio 1999 n. 134 in Foro It. 1999, III 166 e ss.

Questo indirizzo, nel cercare di superare la difficoltà di identificare il carattere elusivo dell'atto, sembra accogliere un criterio fondato sulla rappresentazione della domanda da parte del ricorrente ( così Cons. Stato IV 28 novembre 1994 n. 961 id. Rep. 1995, voce cit. n. 915 che menziona espressamente il criterio del petitum , anche se inteso come petitum non formale ma sostanziale).

Un ulteriore indirizzo interpretativo ammette il giudizio di ottemperanza con la massima larghezza, in presenza di qualsiasi atto dell'amministrazione che sia non soddisfacente per il ricorrente .

L'esigenza di verificare la coerenza del nuovo atto rispetto al giudicato sussisterebbe sempre e giustificerebbe la competenza del giudice dell'ottemperanza, al quale spetterebbe poi in concreto di valutare la legittimità o meno del nuovo atto rispetto al giudicato ovviamente nei limiti dedotti dal ricorrente e non ex officio ( nel senso della rilevanza di tali limiti anche nel giudizio di ottemperanza Cons. Stato IV 4 luglio 1996 n. 829 id. Rep. 1997, voce cit. n. 1024 ; Cons. Stato IV 24 febbraio 1996 n. 172 id. Rep. , 1996 voce cit. n. 911 con orientamento che deve essere profondamente discusso alla luce dell'art. 21 septies in quanto la nullità è rilevabile ex officio e quindi basterà la sottoposizione al giudice della questione in qualsiasi forma per condurre ad una declaratoria della non conformità dell'atto al giudicato ).

Il presupposto logico dell' indirizzo che vede l'ottemperanza sempre esperibile è che un atto illegittimo non possa mai assicurare l'esecuzione del giudicato e che, dopo una sentenza passata in giudicato, anche a prescindere dai vizi dedotti ed accolti in sentenza, spetterebbe al giudice dell'ottemperanza ogni valutazione sulla legittimità degli atti adottati dall'amministrazione in apparente esecuzione del dictum giudiziale.

Ma la giurisprudenza maggioritaria è più prudente : Cons. Stato V, 7 marzo 1997 n. 216 in id. Rep. 1997. voce cit. n. 1062 ad es. non ammette l'ottemperanza in ipotesi in cui all'amministrazione residuino margini di discrezionalità circa il provvedimento da assumere; il Cons. Giust. amm. Sic. 12 settembre 1997 n. 335 n. 355 in id. n. 1063 non ammette l'ottemperanza su silenzio rifiuto, di fronte a giudicato che non comportava alcun giudizio del giudice circa la fondatezza della pretesa del ricorrente, ma il quadro è mutato con l'art. 21 bis della legge Tar introdotto dalla legge n. 205/2000 e con le recenti novelle che hanno interessato il silenzio proprio introdotte dalla legge n. 15/2005 e dalla legge n. 80/2005.

In sostanza per la maggior parte della giurisprudenza, anche prima della legge n. 15/2005 solo di fronte ad atti elusivi si riteneva esperibile il ricorso in ottemperanza, dovendosi rilevare che , dopo il giudicato v'è uno spazio di attività amministrativa vincolata che può essere contestato con l'azione esecutiva mentre se residuano margini di attività discrezionale, per il fatto che vengono in giuoco vizi di legittimità non scrutinati nella sentenza di annullamento precedente , allora in difetto di statuizioni imperative derivanti dalla sentenza, occorrerà esperire un'azione di impugnazione ordinaria.

Va menzionata anche la soluzione offerta da Cons. Stato V 6 febbraio 1999 n. 134 per cui l'amministrazione dopo il giudicato deve comunque esaminare la pratica nella sua interezza e non può dare luogo al c.d. stillicidio dei provvedimenti.

**La ricostruzione della dottrina precedente la legge n. 15/2005 in tema di presupposti per l'actio iudicati e natura dell'ottemperanza. Alcune conseguenze teoriche dell'introduzione**

**espressa della nullità, specie in tema di rapporto fra azione di nullità ed azione di ottemperanza.**

Vigente il solo art. 27 n. 4 del t.u.C.d.S. che prevede il ricorso al G.A. per ottenere l'adempimento dell'obbligo della p.a. di conformarsi al giudicato civile, la dottrina riteneva che il giudicato amministrativo, consistendo unicamente nell'annullamento dell'atto, non richiedesse alcuna esecuzione, dal momento che i c.d. effetti ripristinatori dovevano essere realizzati dall'amministrazione in forza di un dovere autonomo. La giurisprudenza – come è noto estese il rimedio dell'ottemperanza anche all'attuazione del giudicato amministrativo – ed in tal senso dispone l'attuale art. 37 della legge sui Tar.

All'obbligo di attuazione del giudicato corrisponde un diritto soggettivo del privato tutelato in forma specifica dal giudice amministrativo il quale può ordinare all'amministrazione i comportamenti da tenere ed eventualmente sostituirsi ad essa nell'assunzione delle decisioni necessarie per ottemperare alla sentenza.

Vi è tuttavia anche altra ricostruzione dottrinale alla stregua della quale , dovendo l'azione di ottemperanza completare un dictum giudiziale incompleto, mediante il classico meccanismo del giudicato a formazione progressiva, il privato sarebbe titolare di un interesse legittimo, non di un diritto soggettivo, avendo l'azione di ottemperanza natura integrativo- attuativa, estesa alla cognizione e non limitata alla mera esecuzione.

L'art. 21 septies della legge n. 15 del 2005 prevedendo espressamente la nullità dei provvedimenti in violazione od elusione del giudicato rafforza gli argomenti ricostruttivi secondo i quali dal giudicato nascerebbe un diritto soggettivo perfetto in capo al privato, naturalmente limitato dalla presenza , in sentenza, di statuizioni imperative e di un pregnante effetto conformativo.

A fronte di ciò non apparirebbe del tutto conseguente una ricostruzione dell'azione di ottemperanza che fosse tesa a ricondurla per intero a giudizio di cognizione, sfociante in una sentenza determinativa volta a fissare il contenuto dell'ottemperanza.

Appare quindi maggiormente conforme al disposto normativo della legge n. 15 del 2005 la teorica che nega la riconduzione dell'ottemperanza all'azione di cognizione per affermarne la prevalente natura e finalità esecutiva.

L'ottemperanza ha natura e finalità esecutive, ma si segnala tuttora per il suo carattere misto , complesso, di giudizio di cognizione e di esecuzione. La cognizione è meramente eventuale, mentre l'esecuzione è il contenuto indispensabile dell'attività del giudice in questo peculiare tipo di processo.

Fonte di discussione è, tuttavia, in questa chiave, la previsione dell'art. 21 septies secondo comma volta ad attribuire alla giurisdizione esclusiva l'accertamento della nullità ( previsione che fa riemergere l'enfasi del momento cognitorio ).

Essa si è evidentemente resa necessaria – provando a ricostruire la mens legis - per pretese ragioni sistematiche legate al timore che - enfatizzata la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza collegata all'esistenza di un diritto soggettivo all'esecuzione non degradabile da alcuna attività amministrativa - si nutrissero dubbi sulla possibile sopravvivenza di parentesi cognitorie.

La sua ragione poi può anche essere collegata – più sensatamente - alla rilevanza di profili meramente risarcitori derivanti dalla nullità in esame.

E' stato rilevato che la previsione dell'art. 21 septies comma 2 rischia di essere poco chiara introducendo una parentesi di giurisdizione esclusiva in un ambito giurisdizionale, quello dell'ottemperanza che è senz'altro qualificabile in termini generali come giurisdizione di merito (Davide Ponte).

Si è paradigmaticamente riassunta la questione in una domanda : può il ricorrente ottenere immediatamente la nomina del commissario ad acta o deve passare per l'accertamento, in giurisdizione esclusiva, della nullità dell'atto elusivo o in violazione di giudicato?

Se si ammettesse che si è introdotta una tale cesura nell'azione di ottemperanza rendendola non esperibile se non previo esperimento di un'azione di cognizione ne risulterebbe una *deminutio* di tutela che appare contraria *all'intentio legislatoris*.

La realtà è che la giurisdizione di merito comprende in sé la cognizione e l'accertamento e non se ne fa condizionare, sicché l'accertamento può ( non deve ) senz'altro avvenire nell'ambito dell'azione di ottemperanza che comprende in sé l'azione di nullità come il più comprende il meno, ma senza che vi sia allora un ambito di giurisdizione esclusiva ( che renderebbe superflua la norma di cui all'art. 21 septies comma 2 della legge n. 15/2005 ).

Per non concludere con un'interpretatio abrogans dell'art. 21 septies comma 2 della legge n. 15/2005 occorre quindi valutare nella giusta prospettiva la sopravvivenza della giurisdizione di merito.

Tale sopravvivenza implica che la legge n. 15/2005 non ha determinato alcuna *deminutio* di tutela che sarebbe paradossale ed inaccettabile.

Ciò tuttavia non significa che non vi sia uno spazio per la configurabilità di un autonomo ambito di giurisdizione esclusiva, ammettendosi allora che a fini ad es. risarcitori, sia esperibile un'azione di nullità per violazione od elusione di giudicato, anche indipendentemente dall'ottemperanza.

Infatti ove ciò si ammettesse si avrebbe allora un nuovo caso di giurisdizione esclusiva e l'art. 21 septies comma 2 acquisterebbe una specifica pregnanza.

Ancora sul difficile rapporto fra nullità ed ottemperanza : se un atto è elusivo è nullo, allora non ha attitudine a divenire inoppugnabile, finché non è prescritta l'azione di adempimento del giudicato, e ciò si riteneva anche prima della legge n. 15/2005, dopo l'introduzione dell'art. 21 septies rimane aperto il problema se la nullità dell'atto elusivo per contrarietà al giudicato possa, dopo il decennio di esperimento dell'actio iudicati, essere proposta in ogni tempo, o se ciò possa avvenire in ogni tempo quantomeno in via di eccezione o se invece dopo il decorso del decennio dell'actio iudicati ogni questione di nullità sia preclusa.

Se come è stato detto in precedenza, l'azione di nullità per violazione od elusione del giudicato fosse da intendersi ricompresa per intero nel perimetro della giurisdizione di merito e non avere alcuna autonomia, l'art. 21 septies comma 2 potrebbe essere interpretato nel senso che non ha inteso in alcun modo superare o scavalcare l'ambito dell'attuale giurisdizione di merito, ed allora dovrebbe ritenersi che, a differenza delle altre ipotesi di nullità, quella in esame sia sempre legata temporalmente al decennio di esperibilità dell'azione esecutiva e ciò in via generale precluderà anche l'eccezione di nullità decorso il decennio.

Appare preferibile ritenere che la giurisdizione esclusiva sia stata affermata per segnare uno spazio di autonomia dell'azione di nullità per violazione o elusione di giudicato dall'ottemperanza e che questo spazio di autonomia sia legato all'azionabilità dell'interesse risarcitorio, in via autonoma rispetto alla specifica esecuzione ed esperibilità dell'actio iudicati.

L'azione risarcitoria, pur esperibile nell'ordinario quinquennio di prescrizione, potrebbe essere in concreto esperibile anche dopo il decennio dell'actio iudicati nell'ipotesi in cui l'atto elusivo sia stato adottato dopo il decorso del decennio ( senza che il privato abbia deciso di avvalersi della sentenza perché permane l'obbligo dell'amministrazione di dare spontaneamente esecuzione al giudicato ) o eseguito dopo ( od in prossimità del decorso di ) tale termine provocando solo allora un pregiudizio al privato ovvero sia esperita autonomamente dall'actio iudicati nella pendenza della sua proposizione.

Naturalmente anche questa ipotesi di esperibilità autonoma dell'azione risarcitoria deve fare i conti con l'art. 1227 cod. civ. e con l'eventualità che il giudice riduca od azzeri il risarcimento poiché il danno avrebbe potuto essere evitato esperendo l'azione di ottemperanza.

Inoltre nel caso in cui siano state esperite sia l'azione di nullità che quella di ottemperanza il giudice dovrà evitare i rischi di duplicazione delle utilitates dei privati derivanti dal cumulo delle azioni, tenendo conto dell'eventuale pronuncia su profili risarcitori adottabile in sede di ottemperanza per il danno medio tempore verificatosi per la mancata esecuzione, laddove la sentenza di ottemperanza sia intervenuta prima di quella sull'azione risarcitoria , rendendo quindi l'azione risarcitoria improcedibile per difetto di interesse; mentre, all'opposto, ove sia intervenuta prima la pronuncia sull'autonoma azione risarcitoria il giudice dell'ottemperanza dovrà limitarsi a somministrare la tutela in forma specifica per il futuro con il risultato di automatica limitazione degli effetti della sentenza di risarcimento danni al momento di adeguamento della realtà amministrativa allo specifico dictum giudiziale.

Una ragione di semplicità del tema in discussione è data dal fatto che esso , tuttavia, appare tutto interno alla giurisdizione amministrativa, una questione di rapporti fra azioni tute spettanti al giudice amministrativo, in quanto l'azione di nullità e quella risarcitoria per danni derivanti da atti nulli per violazione o elusione di giudicato spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e non alla giurisdizione del giudice ordinario.

### **Alcune opinioni dottrinali sull'azione di nullità**

Conviene ora passare in rassegna alcune delle opinioni dottrinali già intervenute in materia di nullità.

Per **G. Aiello**<sup>19</sup> con l'intervento emendativo della l.n.15/05 la categoria della nullità, considerata dalla giurisprudenza come ipotesi del tutto eccezionale di "illegittimità forte", sovente coincidente con la categoria dell'inesistenza, ottiene una definitiva sistemazione positiva trovando ospitalità nella disciplina generale del procedimento amministrativo.

Del resto il *lifting* della l.n.241/90 intende accentuare l'apertura dell'azione amministrativa verso modelli privatistici per adeguare il livello delle prestazioni della PA a quelle degli altri operatori economici incoraggiandone la partecipazione ed il controllo critico in tutte le fasi in cui si articolano.

La sanzione della nullità del provvedimento è stata fino ad oggi prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari. Tra queste vale la pena di ricordare l'assunzione nel pubblico impiego senza il filtro preventivo della procedura concorsuale, gli atti compiuti dall'organo una volta esaurita la propria durata temporale oltre il termine di 45 giorni

---

<sup>19</sup> G. AJELLO *La nullità del provvedimento amministrativo fra dubbi e certezze* in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it)

della *prorogati*, l'assegnazione del dipendente pubblico a mansioni superiori al di fuori delle ristrette ipotesi consentite (art.52 DLgs n.165/01).

Con questa forma di reazione dell'ordinamento si è inteso di regola presidiare valori ritenuti particolarmente rilevanti per l'ordinamento giuridico con finalità "di contenimento della spesa pubblica e garanzia di imparzialità amministrativa".

La disciplina di carattere generale – continua Aiello - ora introdotta dall'art.21 *septies* è apparentemente rassicurante, in quanto recepisce spunti interpretativi condivisi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma la stessa svela, ad un esame più approfondito, una serie di problematiche di cui, proprio l'esistenza del dato positivo, presuppone imperiosamente la preventiva soluzione.

Il primo problema che si pone è quello della ricognizione delle situazioni invalidanti che devono necessariamente costituire un *numerus clausus*.

Altro tema ricco di implicazioni è quello della dinamica della prospettazione e della rilevazione sul versante processuale di questo vizio invalidante.

Potrebbe essere infine interessante provare ad indagare il regime delle conseguenze dell'atto nullo nei riguardi dell'Amministrazione e del funzionario che lo hanno adottato.

Partendo dal primo dei temi richiamati segnalo che nell'individuazione dei casi della nullità del provvedimento amministrativo è forte la tentazione di rifarsi a quelli contemplati nell'art.1418 cc in relazione al contratto. Questa strada deve essere però seguita *cum grano salis* tenendo sempre ben presente la diversità ontologica degli ambiti nei quali il concetto è destinato ad operare. Il negozio giuridico si muove sul terreno della libera volontà delle parti mentre il provvedimento incarna l'esercizio della funzione amministrativa che trova nella norma tutto il senso della propria ragione d'essere.

A conferma di quanto precede si può allora rilevare che nella casistica del 21 *septies* non può rientrare la mera contrarietà dell'atto a norme imperative. Sono definite comunemente tali quelle disposizioni che, non essendo derogabili dalla volontà delle parti, si distinguono dalle norme dispositive che invece ammettono tale possibilità. In coerenza con i principi della legalità e della tipicità dei provvedimenti amministrativi, tutte le norme di azione che governano l'esercizio della funzione amministrativa devono ritenersi di natura imperativa. La loro violazione determina però di regola l'illegittimità del provvedimento sotto i profili dell'incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere (art.26 RD 1054/24) e dunque la sua annullabilità .

Nel diritto civile vige la regola opposta. Tra le due specie di invalidità, la sanzione della nullità ha una portata di carattere generale, in quanto non occorre che sia prevista dalla legge come conseguenza espressa di una violazione di una data norma imperativa, essendo semplicemente sufficiente che questa sia stata violata. Su questo versante l'annullabilità ha invece carattere di specialità in quanto ricorre solo se espressamente prevista dalla legge come conseguenza della violazione di una norma imperativa. Nel diritto civile la locuzione "salvo i casi espressamente previsti dalla legge" costituisce infatti un riferimento alle ipotesi dell'annullabilità o a quelle nelle quali la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi dall'invalidità quali le sanzioni amministrative o l'obbligo di rimuovere la situazione creata.

Tale locuzione ha dunque un significato diametralmente opposto a quella contenuta nell'art.21 *septies*.

In definitiva si deve quindi ritenere che la nullità del provvedimento amministrativo può essere determinata dalla violazione di norme imperative *solo ove sia espressamente comminata*.

Conseguentemente questa norma pone un principio cardine a cui dovrà attenersi la futura legislazione nell'individuare le fattispecie che ne contempleranno l'applicazione.

Il concetto della mancanza degli elementi essenziali che costituisce un difetto genetico del provvedimento, può essere invece svelato, senza pretese di esaustività, facendosi ricorso alle più risalenti interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Detto vizio invalidante colpisce il soggetto (che è ad esempio privo della funzione amministrativa esercitata), l'oggetto e la forma del provvedimento. In relazione a quest'ultima si dovrà fare tuttavia attenzione a spigolare le ipotesi dell'art. 21 *octies* nelle quali la sua rilevanza è degradata a mera irregolarità suscettibile di sanatoria, rispetto a quelle in cui sarà capace di travolgere *ab origine* l'efficacia giuridica del provvedimento.

Ajello esclude volutamente dal novero degli elementi essenziali la causa in quanto, rispetto a quella legale astratta, la sua positiva determinazione costituisce una sufficiente garanzia di legittimità, fatte salve le ipotesi della disapplicazione del dato normativo ove questo contrasti palesemente con il diritto comunitario. Ove invece si intenda la causa come

funzione in concreto perseguita con l'emanazione del provvedimento il vizio che l'affligge avrebbe la natura sintomatica dell'eccesso di potere.

Anche l'illiceità dell'oggetto o della causa in concreta perseguita possono inoltre determinare la nullità del provvedimento emanato ad esempio per commettere un reato. In proposito è sufficiente richiamare le numerose pronunce della Cassazione che, cimentandosi sul tema dell'abuso d'ufficio correlato ad illeciti urbanistici, ha ravvisato altresì l'esistenza di siffatta condotta criminosa rispetto all'organo amministrativo che abbia dato esecuzione ad un provvedimento nullo che doveva per ciò stesso essere disapplicato.

E' ovvio comunque che la nullità del provvedimento per l'illiceità dell'oggetto o della causa in concreto perseguita deriverà non solo dalla dimostrazione della violazione dello schema legale tipico ma anche da quella dell'elemento psicologico del dolo o della colpa nella condotta dell'agente.

L'illiceità del motivo con le caratteristiche dell'art.1345 cc, potrebbe invece rilevare con riferimento all'accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, atteso il preciso richiamo della disciplina codicistica nell'art.11 l.n.241/90, che contiene peraltro un'ulteriore espressa previsione di nullità per il caso della mancanza della forma scritta. Laddove sia accertata la comunanza del motivo illecito, questa potrebbe a sua volta determinare la nullità della determinazione di cui al comma 4 *bis* e quindi di un atto endoprocedimentale, ma pur sempre di natura amministrativa che precede l'accordo sostitutivo. Quindi la ragione della caducazione di questo atto sarebbe la medesima che ha colpito l'accordo laddove vi sia effettivamente coincidenza tra l'organo che adotta la determinazione e quello che stipula l'accordo sostitutivo del provvedimento. Del resto sui possibili effetti osmotici tra la nullità dell'atto amministrativo presupposto ed il contratto privato stipulato successivamente, la Cassazione si è già pronunciata rilevando che l'annullamento del primo disposto in via di autotutela, per motivi che attengono ad esempio alla legittimità della procedura di scelta del contraente privato, esplica effetti riflessi sul contratto che il Giudice adito per il suo annullamento deve necessariamente valutare .

Il difetto assoluto di attribuzione è concetto che deve essere correlato alla carenza di potere sulla cui nozione le posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato non possono ancora ritenersi del tutto coincidenti.

Il tenore testuale della disposizione fa pensare che si sia inteso fare riferimento all'ipotesi della carenza di potere in astratto, in quanto il potere manca *ab origine* nell'organo che lo ha esercitato, perché ha invaso la sfera di pertinenza di un'altra autorità o comunque inciso in materia del tutto estranea alla branca di amministrazione di appartenenza.

Dovrebbe invece rilevare sotto il diverso profilo dell'illegittimità la carenza di potere in concreto che sussiste ad esempio quando manchino o siano venuti meno i presupposti per l'emanazione del provvedimento.

La carenza di potere dovrà essere ovviamente valutata in relazione alla consistenza della posizione giuridica dedotta in giudizio tenuto conto del *petitum* e della *causa petendi*.

*Notevoli perplessità suscita fin dagli esordi non tanto l'inclusione delle ipotesi di violazione ed elusione del giudicato tra i casi di nullità quanto piuttosto l'impatto che l'attribuzione delle questioni a quelle attinenti alla giurisdizione esclusiva del GA può determinare nell'ambito del giudizio d'ottemperanza che da sempre svolge un ruolo cruciale per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa.*

*Questa disposizione non è stata infatti accompagnata da una pur necessaria e coerente novella della disciplina processuale sicchè siamo qui ad interrogarci sui margini di applicazione futura del giudizio d'ottemperanza.*

*Il richiamo del giudicato tout court potrebbe significare, ove inteso nella sua più lata accezione, l'introduzione, piuttosto singolare, di una regola sul riparto di giurisdizione in relazione ad una fase specifica del processo, quella appunto volta ad assicurare il conformarsi dell'Amministrazione al giudicato e ciò quindi a prescindere dalla natura del giudice che si è pronunciato in relazione all'accertamento della situazione giuridica controversa.*

*L'autore ritiene però, anche sulla base dell'esame dei lavori parlamentari che hanno accompagnato la novella della l.n.241/90, che l'intenzione del Legislatore sia stata quella di fare riferimento al solo giudicato amministrativo.*

*Poi l'analisi prosegue con la domanda su quali siano gli spazi residui d'applicazione dei poteri sostitutivi del GA tradizionalmente riconnessi alla cognizione allargata al merito dell'azione amministrativa.*

*L'attrazione della violazione e dell'elusione del giudicato nell'area della giurisdizione esclusiva, senza l'ulteriore precisazione dell'estensione della cognizione anche al merito dell'azione amministrativa come prevede invece il terzo comma dell'art.29 del TU Cons. St. 1054/24) rispetto a taluni casi rientranti nell'esclusiva giurisdizione del CDS, fa pensare che si sia voluto accentuare la natura cognitoria di questa fase processuale a scapito di quella tipicamente esecutiva che trova nel vaglio del merito dell'azione amministrativa uno strumento molto efficace per la tutela delle posizioni contrapposte.*

*Questo residuerà invece per le ipotesi nelle quali si dia luogo all'ottemperanza delle decisioni passate in giudicato adottate dall'AGO, così ripristinandosi la più antica e restrittiva interpretazione dell'art.27 del TU del CDS e per i casi dell'esecuzione della decisione o della pronuncia cautelare prima ancora che si sia formata la cosa giudicata in senso formale (art.33, comma 2 e 21 comma 15 legge 1034/71).*

*Ciò potrebbe determinare squilibri nella tutela per non dire disparità di trattamento difficilmente ammissibili rispetto a situazioni giuridiche soggettive apparentemente identiche.*

Tra le previsioni del primo comma dell'art. 21 *septies* non si rinviene invece quella, pur esistente in una delle precedenti stesure del disegno di legge, della contrarietà del provvedimento amministrativo ad una norma immediatamente applicabile del diritto comunitario.

In proposito è opportuno ricordare che il dibattito oscilla tra la concezione che vede il diritto di derivazione comunitaria integrato con quello interno e l'altra che considera detti ordinamenti come autonomi e separati ma pur sempre coordinati.

Nel primo caso la norma comunitaria costituisce un parametro di legittimità dell'atto amministrativo che, trovando applicazione al massimo livello in virtù del principio di gerarchia delle fonti, ridonda sulla sua validità determinandone l'annullamento, che deve essere però richiesto nel rispetto dei termini di impugnazione.

Nel secondo caso la verifica della validità del provvedimento amministrativo sul versante giudiziario deve essere fatta nei termini della disapplicazione dell'atto stesso o addirittura della sua nullità, nell'ipotesi in cui la norma sulla cui base è stato adottato venga ad essere disapplicata, e ciò potrà avvenire anche prescindendosi dai limiti decadenziali per la relativa impugnazione.

Il tenore testuale dell'art.21 *septies* sembra ora indicare una chiara presa di posizione del Legislatore a favore della tesi monistica propugnata dalla Corte di Giustizia delle comunità europee.

Tale conclusione risulta del resto confermata dalla contestuale modifica dell'art.1 della l. n.241/90 che ha affiancato ai principi dell'art.97 Cost. quelli comunitari, di proporzionalità, legittimo affidamento e precauzione, che ormai entrano a tutti gli effetti nel novero dei parametri per la verifica della legalità dell'azione amministrativa ai fini dell'eventuale riscontro del vizio di violazione di legge.

Un ulteriore approfondimento lo meritano gli aspetti relativi all'esercizio dell'azione di nullità.

La giurisdizione è dell'AGO se viene invocata la tutela di un diritto soggettivo illegittimamente degradato, mentre dovrebbe essere attribuita al GA, ovviamente, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e quando viene fatta valere la lesione di un interesse legittimo.

Il termine per l'impugnazione del provvedimento nullo sarà quello decadenziale allorché la controversia verta su interessi legittimi, mentre l'azione sarà imprescrittibile nelle ipotesi in cui il provvedimento nullo abbia vulnerato una posizione di diritto soggettivo.

La consistenza dell'interesse a ricorrere nell'esercizio dell'azione di nullità non dovrebbe subire alterazioni dovendosi sempre pregiudizialmente accertare se dal suo eventuale accoglimento possa effettivamente conseguire un vantaggio immediato e diretto per la situazione giuridica soggettiva tutelata.

La nullità del provvedimento potrà essere inoltre rilevata d'ufficio a patto che l'atto sia l'elemento costitutivo della domanda e che tra le parti vi sia contestazione sulla sua applicazione od esecuzione. Il suo accertamento *ex officio* da parte del giudice sarà poi possibile solo se la nullità emerge dagli atti di causa e la sua declaratoria non richiede ulteriori indagini di fatto.

La nullità potrà essere inoltre rilevata in ogni stato e grado del giudizio a meno che non sia passata in giudicato la statuizione del giudice di grado inferiore sulla validità dell'atto.

L'atto nullo non sarà suscettibile di convalida (1423 cc) che, tra l'altro, è stata espressamente riferita solo al provvedimento annullabile dal secondo comma dell'art.21 *nonies*, ma eventualmente solo di rinnovo con effetti *ex nunc*.

Ci si deve poi domandare se il provvedimento amministrativo nullo sia suscettibile di conversione (art.1424 cc). A tale quesito ritengo debba darsi risposta affermativa, anche considerata la particolare rilevanza che le modifiche alla l.n.241/90 hanno attribuito al raggiungimento dello scopo dei provvedimenti, fermo restando che anche nel giudizio amministrativo la conversione non potrà esser dichiarata d'ufficio ma potrà essere disposta in accoglimento della eccezione riconvenzionale spiegata dall'amministrazione resistente per contrastare l'azione di nullità.

Riguardo all'ultimo tema relativo ai rapporti tra nullità del provvedimento e responsabilità dell'agente bastano poche osservazioni. Questa, come abbiamo visto, può consistere sia nell'aver dato esecuzione ad un provvedimento nullo, sia nell'averlo materialmente adottato.

Pur non esistendo sul punto espresse enunciazioni normative, al di là del precedente normativo (art.24 l.n.289/02) frettolosamente accantonato dell'espresa previsione della responsabilità personale dell'agente verso i terzi in relazione ai contratti per le forniture di beni alla PA affetti da nullità in quanto stipulati al di fuori delle convenzioni quadro della CONSIP, è pacifico che la nullità apre la strada al risarcimento degli eventuali effetti pregiudizievoli che siano derivati ai soggetti terzi.

La violazione di una norma che prevede la comminatoria espressa della nullità dovrebbe facilitare infatti la dimostrazione dell'elemento psicologico del dolo e/o della colpa ed è capace di innescare l'ulteriore azione di responsabilità per danno erariale da parte della Corte dei Conti.

Proprio in relazione all'elemento della colpa è necessario osservare che gli agenti delle PA si trovano oggi a dovere applicare una moltitudine di disposizioni provenienti da un incredibile numero di fonti di normazione spesso in contrasto tra loro, sicchè possono darsi delle ipotesi nelle quali la conoscenza del dato normativo risulta effettivamente difficile con la conseguenza che, almeno rispetto a questi casi, la responsabilità dovrebbe essere ricostruita nei termini della colpa professionale di cui all'art.2236 cc.

L'analisi di Ajello è estremamente interessante per quanto attiene alla individuazione dei vizi invalidanti di nullità e per le conseguenze contabili ed induce a ritenere che la figura darà luogo a plurime incertezze interpretative.

Dedica una parte del suo valido contributo allo studio della nullità **S. De Felice**,<sup>20</sup> arrivando a conclusioni non dissimili rispetto a quelle prima rintracciate .

L'autore evidenzia che la legge non chiarisce se la tutela nei confronti dell'atto nullo vada esperita dinanzi al giudice ordinario o dinanzi al giudice amministrativo, salva la ipotesi già menzionata della giurisdizione esclusiva (o di merito?) del giudice amministrativo per i casi di violazione o elusione del giudicato.

La disciplina dell'atto nullo, invero, comporta domande sia in ordine alla disciplina sostanziale che a quella processuale, ma le risposte vanno trovate, a parere di chi scrive, ricorrendo ai principi generali.

In generale, **al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (comprendente anche i diritti), nelle quali il giudice amministrativo "siede" come il giudice ordinario, escludendolo**, si riteneva inammissibile, in sede di legittimità, per difetto di attuale interesse (in sostanza per mancanza di lesività) l'azione proposta contro un atto nullo, non in grado, quindi, di produrre l'effetto degradatorio, anche se non si negava a tale pronuncia processuale un sostanziale effetto di giudicato.

Oggi, non può negarsi che giudice della legittimità, anche in caso di violazioni più gravi, sia il *giudice amministrativo*, perlomeno quando si tratta di *interessi pretensivi* e quindi di interessi legittimi (si pensi ad un atto nullo in risposta ad una istanza di concessione o di autorizzazione).

Né può sostenersi in ogni caso la giurisdizione del giudice ordinario per ogni azione di nullità, se non ritenendo, erratamente, che un determinato comportamento della amministrazione (viziato gravemente, perché l'atto è nullo) sia in grado produrre da solo, l'effetto ampliativo facendo sorgere *ex novo* una situazione di diritto prima inesistente.

Sarebbe, invece competente giurisdizionalmente il giudice ordinario in caso di *interessi oppositivi*, aggrediti (attaccati, per così dire) da un atto però viziato in maniera così grave, da non produrre l'effetto degradatorio e da lasciarlo al rango di *diritto soggettivo*.

Fatta questa distinzione, va osservato che nessuna vera novità comporta una generale potestà di accertamento da parte del giudice amministrativo in sede di legittimità, sicchè essa potrebbe esplicarsi in ogni caso, anche in presenza di diritti soggettivi coinvolti dall'atto nullo, bastando la sola presenza (ed esistenza) di un provvedimento amministrativo a radicare la *giurisdizione sulla validità* dell'atto.

E' noto, come insegnano *i processualisti*, che ogni attività giurisdizionale, di cognizione, costitutiva, di condanna, di esecuzione, comprende, a monte, un *minimo di accertamento*, sicchè l'attività del giudice consiste sempre e prima di tutto in una *attività accertativa*.

In senso processuale, l'interesse, inteso come bisogno di tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzbedurfnis*), c'è sempre, anche nelle azioni di mero accertamento o dichiarative, in quanto diretto a rimuovere *una situazione di incertezza e di contestazione*.

---

<sup>20</sup> Cfr. S. DE FELICE *Della nullità del provvedimento amministrativo* in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it)

La vera particolarità della azione dichiarativa o di mero accertamento è che quella particolare funzione di ogni giudice, che si chiama cognizione, soltanto in tale vicenda processuale si presenta allo *stato puro*, senza sovrapposizione di altre funzioni (quale quella demolitoria, di condanna, esecutiva, sostitutiva), ma in realtà *l'accertamento della invalidità* non si discosta molto da quanto avviene in sede di annullamento.

D'altronde, come insegnava il Torrente (estensore della sentenza della Cassazione a Sezione Unite n.2157/1952) il mutamento operato dalla sentenza (la definizione vale sia per la nullità che per l'annullamento), resta una *realtà spirituale, una qualificazione giuridica della situazione*.

Come osservato anche da un acuto civilista (di Majo), d'altra parte, le pronunce dei giudici, rese su atti invalidi, esercitano la loro concreta funzione di tutela solo nel momento in cui vengono rese.

Non è neanche vero che, *ex nihilo nihil* in quanto l'atto nullo produce determinati effetti pratici (determina non effetti giuridici, ma fatti, che a loro volta determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto), costituenti meri fatti materiali, ma che a loro volta possono produrre effetti giuridici.

Anche se la distinzione teorica va mantenuta (tra insuscettibilità in assoluto a produrre effetti propria della nullità e efficacia instabile della annullabilità), *di fatto*, per il periodo anteriore alla sentenza, tanto l'atto nullo che quello annullabile *produrranno gli effetti* di cui sono capaci (saranno eventualmente anche rispettati, se eseguiti, possono comportare ulteriori situazioni, quantomeno di fatto, dando luogo ad ulteriori esigenze di tutela, tanto che il codice civile prevede appositi rimedi restitutori, come si argomenta dai limiti posti alla usucapione e alla prescrizione della azione di ripetizione dall'art. 1422 c.c.).

Se la massima vale per la natura delle cose, in diritto è vero solo fino ad un certo punto che "*nulla nasce dal nulla*": un provvedimento nullo sarà innanzitutto stato emesso, e potrà essere stato eseguito, nonostante il suo *deficit* di imperatività; allo stesso modo, è possibile che ad esso abbiano fatto seguito atti consequenziali che l'avranno preso a loro presupposto.

Se davvero l'atto nullo non fosse capace di alcun effetto né giuridico né materiale, non sorgerebbe mai, invero, la necessità e l'onere di ricorrere giurisdizionalmente per farne dichiarare il vizio e per esperire le consequenziali azioni ripetitive, restitutorie, risarcitorie.

Per **Cerulli Irelli**<sup>21</sup> la disciplina generale dell'invalidità degli atti amministrativi esce fortemente modificata dalla nuova legge, la quale introduce la prima definizione legislativa degli stati viziati degli atti amministrativi; precedentemente risalente alla perplessa normativa di cui all'art. 26 del T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato, norma peraltro dettata a fini processuali; che a sua volta recepisce, sul punto, l'art. 22 della legge fondamentale del 1889, istitutiva della giustizia amministrativa.

Il primo punto di innovazione è dato dalla espressa previsione di una serie di ipotesi di nullità del provvedimento (art. 21 *septies*). Ipotesi che vengono individuate nella mancanza degli elementi essenziali, nel difetto assoluto di attribuzione, nel fatto che il provvedimento sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge.

Al di là delle singole ipotesi di nullità, si deve sottolineare la novità costituita dalla stessa previsione legislativa della categoria della nullità, come quella che insieme all'annullabilità è predicabile in ordine agli atti amministrativi (e che, insieme, vanno a costituire la categoria dell'invalidità amministrativa).

E' noto che la tradizionale impostazione della nostra dottrina era nel senso della non sussistenza di detta categoria di invalidità, prevista in via generale dal codice, in ordine agli atti amministrativi.

L'invalidità degli atti amministrativi, secondo questa impostazione si risolveva senz'altro nella annullabilità, sulla base del regime stabilito dal T.U. sulle leggi sul Consiglio di Stato.

In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione (dalla fondamentale, S.U., n. 1657/49), come è noto, aveva rilevato che stati viziati di particolare gravità del provvedimento amministrativo, quali quelli riconducibili alla nozione di carenza di potere, dessero luogo ad una patologia differenziata rispetto a quella dell'annullabilità, tale da determinare la permanenza in capo ai soggetti destinatari dell'atto di situazioni di diritto soggettivo tutelabili davanti al giudice ordinario. Categoria questa che ha fatto parlare in dottrina a taluno di inesistenza dell'atto amministrativo lesivo, con una espressione sicuramente impropria in termini di teoria generale; e a taluno anche di nullità. Ma l'origine e la *ratio*

---

<sup>21</sup> V. CERULLI IRELLI *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*. In [astridonline.it](http://astridonline.it)

stessa di questa categoria giurisprudenziale, non a caso inventata dalla Corte regolatrice, stava tutta dentro le problematiche del riparto di giurisdizioni. Essa serviva, cioè, per dare un qualche spazio di cognizione giurisdizionale al giudice ordinario, a tutela di diritti soggettivi lesi da provvedimenti amministrativi; una volta entrata in circolo nella giurisprudenza l'idea (del tutto inaccettabile in termini di teoria generale, tuttavia generalmente accolta) della cd. degradazione del diritto per effetto del provvedimento autoritativo dell'Amministrazione.

La nullità compare in alcuni testi positivi. Tra tutti, importante l'art. 3 del T.U. sul pubblico impiego del 1957, che stabiliva la nullità delle assunzioni senza concorso; l'art. 282, T.U. com. prov 1934, che prevedeva che si avessero come "non avvenute" le deliberazioni di modifica o revoca di precedenti deliberazioni esecutive, ove non facessero "espressa menzione della revoca o della modifica".

Tuttavia anche questi casi restavano dubbi circa l'applicabilità della categoria generale della nullità degli atti giuridici. A partire da una serie di decisioni assai note del 1992 (Cons. St., ad. pl. n. 1, 2, e altre del 1992) la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha iniziato una nuova fase, secondo la quale, almeno in alcuni casi, le prescrizioni legislative circa la nullità di atti amministrativi vadano intese come ipotesi di vera e propria nullità "intesa in senso civilistico e pertanto imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio".

A questa ipotesi sicuramente si ascrive quella già menzionata di cui all'art. 3 del T.U. ("l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'amministrazione"); e di recente, sicuramente vanno ascritte alla categoria le ipotesi previste dalla legge sulla *prorogatio* (D.l.vo n. 444/1994).

E ipotesi di nullità, a prescindere da singole disposizioni di legge, vengono riscontrate dalla giurisprudenza, negli anni più recenti, a proposito di atti adottati in elusione del giudicato (ad esempio, Cons. St., IV, n. 1001/2000; V, n. 1231/1996). Tale nullità, che la giurisprudenza estende anche agli atti elusivi delle sentenze di primo grado non sospese, opera nei casi in cui, come dice la giurisprudenza "l'atto si pone integralmente in contrasto con il precedente giudicato, e non anche quando l'atto si sorregge su una pluralità di ragioni giustificatrici" (ad esempio, Cons. St, V, n. 494/1993); segnatamente laddove secondo le statuizioni della sentenza da eseguire, "residui all'amministrazione un potere discrezionale".

Possiamo dunque affermare, che pur nel silenzio delle leggi, a parte le ipotesi singolari sopra ricordate, la categoria della nullità degli atti amministrativi sia già entrata da tempo nel contesto del nostro ordinamento; per la via, come di consueto, dell'interpretazione giurisprudenziale.

La nuova norma recepisce nella sostanza questi orientamenti, trasformandoli in prescrizioni legislative; e perciò dando luogo a molteplici conseguenze di ordine positivo.

Circa le specie di vizi che producono la nullità, la prima di esse (mancanza di elementi essenziali) ricalca ovviamente il codice civile che, come noto, all'art. 1418, 2° comma, stabilisce la nullità del contratto per la mancanza di uno dei requisiti stabiliti dal codice all'art. 1325. Questo richiamo è da intendere del tutto condivisibile e vorrei dire anche pacificamente ammesso (v. ad esempio, Cons. St., VI, n. 948/99); nel senso che il provvedimento privo di oggetto o privo di forma, quando essa è prescritta, è sicuramente una fattispecie ascrivibile alla categoria degli atti giuridici affetti da nullità.

Anche se si tratta di patologia del tutto trascurata dalla nostra dottrina e quasi priva di riscontri in giurisprudenza (si potrebbe dire, casi di scuola). Sul punto occorre, tuttavia, fare attenzione nel distinguere queste ipotesi da quelle di inesistenza, anche tenendo presente la confusione che da noi veniva fatta tra le due categorie nella precedente esperienza giurisprudenziale (basti pensare che la nullità per carenza di potere, come s'è ricordato, molte volte in giurisprudenza, e assai spesso da insigni autori, veniva denominata inesistenza).

Sul punto si deve ricordare che l'inesistenza non è una categoria positiva, ma è una categoria di teoria generale; ed indica i casi in cui in un determinato fatto o fenomeno della realtà non è ravvisabile un atto giuridico o quantomeno un atto giuridico ascrivibile alle categorie di cui si tratta (salvo che non si tratti di casi di possibile conversione, ai sensi dell'art. 1424, cod. civ.).

L'atto, com'è stato detto dalla dottrina, in tali casi non è riconoscibile come tale anche nella sua apparenza esteriore e perciò resta allo stato di fatto giuridicamente irrilevante.

Ovviamente la categoria è applicabile nel settore degli atti amministrativi i quali come atti giuridici, prima di potere essere predicati in termini di validità, invalidità, debbono potere essere identificati in quanto tali.

In conseguenza, quando si fa riferimento nella norma in esame alla mancanza di elementi essenziali, ci si riferisce ad un difetto certamente gravissimo ma non tale da rendere l'atto privo di identificazione; ad esempio, non imputabile ad alcun soggetto direttamente o indirettamente riferibile ad una pubblica Amministrazione. Anche in tali casi, l'atto pur carente di alcuni elementi essenziali consiste in una dichiarazione di un certo contenuto ed è imputabile ad un determinato soggetto, cui almeno in astratto, un potere amministrativo può essere riferito. Sul punto, si pone il delicato problema di stabilire a quali atti si debba guardare al fine di determinare se essi manchino degli elementi essenziali. Tenuto conto che l'azione amministrativa è azione procedimentalizzata e spesso, anche nella sola fase decisoria, si compone di unap pluralità di atti (concerti, intese, deliberazioni preliminari, etc). L'Autore ritiene che tutti gli atti della fase decisoria rilevino a tal fine e non il solo provvedimento finale, formalmente inteso (come quello che conclude il procedimento e dà luogo alla produzione degli effetti).

In secondo luogo, la norma fa riferimento al difetto assoluto di attribuzione.

Con questa espressione come è evidente, la norma richiama la nozione, tradizionale in giurisprudenza, di carenza di potere cui si è fatto riferimento.

Tuttavia, rispetto ai diversi contenuti che questa nozione è venuta ad assumere, la norma pone una limitazione ai casi di difetto assoluto di attribuzione, cioè ai casi più gravi in cui il potere di cui si tratta non sussiste, o in via generale, o comunque in capo a quella determinata autorità. E per autorità, in questo caso, si intende il soggetto giuridico (ente, persona giuridica pubblica) o la branca organizzativa autonomamente connotata del soggetto Stato (il Ministero, l'Agenzia, l'Autorità indipendente, etc.).

Restano perciò escluse dalla previsione della norma, le altre ipotesi di carenza di potere (in concreto), nelle quali il potere sussiste in capo a quella determinata autorità, nel senso che ad essa è legislativamente imputato; ma nel concreto non sussistono i presupposti per il suo esercizio. Ad esempio, manca l'atto presupposto (espropriazione senza pubblica utilità) o il termine per l'esercizio del potere in quelle determinate circostanze è scaduto; e così via. Queste ipotesi – per Cerulli – sono ormai da ritenere ricondotte alla specie dell'annullabilità.

Ma come si è visto tale conclusione non è affatto certa.

L'altra ipotesi è quella della violazione o elusione del giudicato, sulla quale non c'è che da richiamare l'ultima giurisprudenza, di cui si è detto.

L'ultima ipotesi, quella dei casi previsti dalla legge, si arricchisce della previsione della L. *prorogatio* (D.l.vo n. 444/94), sopra ricordata, circa la nullità di atti adottati dall'organo prorogato una volta superati i 45 giorni di proroga.

In ordine alla nullità degli atti amministrativi, si pongono delicati problemi sia a proposito della disciplina sostanziale applicabile a questa specie di invalidità (distinta dall'annullabilità), sia a proposito della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive lese da atti che ne sono affetti (anche per l'assenza di specifiche norme in proposito cui la nuova legge non pone riparo).

Sul piano sostanziale è da ritenere pacifico che l'atto nullo non sia capace di produrre effetti giuridici. Ciò comporta che ogni soggetto obbligato in virtù delle disposizioni dell'atto può rifiutarsi di ottemperare; che l'esecuzione materiale dell'atto da parte dell'Amministrazione, ove avvenuta, può essere rimossa, su domanda di chiunque, da parte del giudice ordinario, anche in sede possessoria; che l'esecuzione da parte dei terzi destinatari dell'atto, dà luogo all'esigenza di ripristino della situazione *qua ante* salve le note eccezioni elaborate dalla giurisprudenza (*factum infectum fieri nequit*). Ovviamente dall'atto nullo, come peraltro era pacifico nella precedente giurisprudenza, non può derivare il fenomeno noto come quello della degradazione del diritto ad interesse legittimo cui si è accennato, secondo il quale la tutela giurisdizionale del diritto leso da un provvedimento amministrativo segue la forma della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi davanti al giudice amministrativo. In caso di nullità dell'atto lesivo, la tutela giurisdizionale del diritto resta quella che è; e si svolge nelle forme ordinarie davanti al giudice ordinario.

Ciò non significa, si badi, che il giudice ordinario sia sempre competente sulle questioni di nullità di atti amministrativi. E' vero il contrario: il giudice ordinario è competente laddove questi atti siano lesivi di diritti. Negli altri casi – secondo Cerulli – è confermata la giurisdizione amministrativa a tutela degli interessi legittimi.

***L'autore è quindi incline ad ammettere che la nullità determini un sostanziale ampliamento della giurisdizione ordinaria a detrimento della giurisdizione amministrativa.***

***Solo sulle questioni di nullità per violazione o elusione del giudicato la norma ne dispone espressamente la devoluzione alla giurisdizione esclusiva (estese anche al merito? È da ritenere di sì, anche tenendo conto dell'art. 27, n. 4, T.U. Cons. St.). Ciò significa che per questi casi il giudice amministrativo è comunque competente a sindacare***

*della nullità di atti elusivi del giudicato a prescindere dalla situazione soggettiva coinvolta. Si tenga presente che in questi casi il discrimine tra nullità e annullabilità, data la sempre perplessa vicenda dell'esecuzione del giudicato, è assai stretto, e ciò rende estremamente opportuno il conferimento della competenza in via esclusiva al giudice amministrativo.*

Un importante contributo di pensiero è stato dato da **Claudio Varrone** che ha osservato che l'argomento della nullità è certamente tra i più complessi dello scibile giuridico, tanto è vero che, per chiarirne la portata sul piano concettuale, di esso se ne sono occupati, oltre agli studiosi del diritto positivo, anche filosofi del diritto e studiosi di teoria generale.

Alcune delle riflessioni che necessarie per illustrarlo sono risalenti nel tempo e sono maturate nel quadro del più generale problema della teoria del negozio giuridico. Di esse si terrà conto sotto il diverso profilo del complesso rapporto che, con riferimento alla validità degli atti o provvedimenti, ivi compreso il provvedimento amministrativo, intercorre tra realtà fenomenica e realtà giuridica, alla luce del quale il tema può essere oggi proficuamente rivisitato

Il problema infatti può essere visto da due diverse angolazioni: la prima, diretta a chiarire la portata della disciplina positiva di volta in volta dettata, a questo proposito, con riferimento alle singole categorie di atti ( di diritto privato, di diritto pubblico, di diritto processuale e via dicendo ); la seconda, volta a decrittare il diverso rapporto che, nei due casi di invalidità, si riscontra tra realtà sostanziale e quella formale, e, nell'ambito di quest'ultima, tra la realtà giuridica relativa al momento formativo dell'atto e quella relativa al suo contenuto dispositivo, vale a dire alla sua idoneità ad operare sul piano giuridico, una volta che esso sia venuto ad esistenza, al fine di determinare la nascita, la modificazione o l'estinzione delle situazioni giuridiche soggettive, il cui esercizio, secondo il legislatore, consente a chi ne è titolare di poter realizzare la soddisfazione dei bisogni individuali maturati nella realtà fenomenica. La diversità disciplina è perciò volta a regolare aspetti diversi di tale necessaria relazione propria della esperienza giuridica, caratterizzata dal continuo rimando che sussiste, almeno per quanto riguarda gli atti giuridici propri del diritto sostanziale, tra realtà formale e quella fenomenica, affinché quella giuridica possa assolvere al suo naturale compito di assicurare, mediante l'esercizio della situazione giuridica, la soddisfazione dei bisogni materiali o spirituali di chi ne è titolare, vale a dire di passare dalla zona del fatto ( realtà effettuale ) a quella dell'atto ( realtà formale ), in modo da assumere rilevanza giuridica, vale a dire assumere rilevanza in tale diversa realtà.

La differenza tra i due metodi di indagine non è di poco conto, anche perché adottando la seconda delle indicate prospettive affiorano altre tematiche, con la conseguenza che, in tal modo, l'esame della patologia dell'atto giuridico diviene un privilegiato campo di osservazione per verificare, da un lato, come anche all'interno del medesimo fenomeno della nullità e della annullabilità, l'influenza della realtà sostanziale su quella formale può assumere coloriture diverse, a seconda della categoria di atto giuridico preso in esame e, dall'altro, per verificare se la fondatezza di determinate teorizzazioni su temi connessi ne esca rafforzata o si dimostri bisognosa di ulteriori approfondimenti. La disciplina che il legislatore detta in tema di **nullità serve ad indicare quali sono gli elementi della realtà sostanziale che debbono essere rappresentati nel contenuto dispositivo dell'atto giuridico perché esso possa adempiere la funzione per la quale è stato posto in essere**, vale a dire **per la produzione degli effetti giuridici**, vale a dire per produrre la trasformazione delle situazioni giuridiche preesistenti, conditio sine qua non per la soddisfazione dell'interesse da esso disciplinato mediante il loro esercizio; l'annullamento attiene invece al momento formativo dell'atto, nel senso che disciplina i fatti o gli atti della realtà fenomenica o di quelli giuridici finalisticamente orientati alla formazione del nuovo atto o provvedimento, inteso quest'ultimo nella sua portata precettiva; atto o atti, i primi, che essendo intrinsecamente viziati, possono portare all'annullamento e, quindi, alla vanificazione della disciplina dettata nel provvedimento conclusivo.

La precisazione del legislatore, secondo cui la mancanza di uno degli elementi essenziali dell'atto genera la nullità, sotto tale profilo, può essere vista come l'esplicazione di un principio già insito nella normativa positiva, volto cioè a trarre le dovute conseguenze sul piano formale dalle premesse che presiedono la validità degli atti giuridici.. Nessuno può infatti dubitare che la mancata sottoscrizione del provvedimento da parte dell'Autorità che, nella sua intestazione o nel contesto dell'atto, viene indicata come colei che l'ha posto in essere, costituisce una mancanza di tale portata da escludere che esso possa essere ricondotto alla paternità di tale soggetto e possa essere considerato solo annullabile, anziché nullo. In questo caso il contenuto dispositivo dell'atto o provvedimento manca della sua possibilità di essere riferito a chi ne risulta l'autore, in quanto solo quando esso risulta sottoscritto, secondo il legislatore, si crea la necessaria relazione biunivoca tra realtà esterna all'atto e realtà in esso rappresentata, vale a dire tra realtà e sua rappresentazione che sono i due momenti attraverso cui, parafrasando il pensiero di Schopenhauer, si svolge e si evolve l'esperienza giuridica.

Alle stesse conclusioni si è da tempo pervenuti per quanto riguarda la mancata verbalizzazione della delibera assembleare o collegiale: la forma scritta del provvedimento serve in questi casi a consacrare la volontà dei rispettivi componenti dell'organo collegiale, che non può assumere altrimenti rilevanza sul piano giuridico: la sua mancanza preclude perciò la possibilità che si possano produrre effetti giuridici ricollegabili o gli stessi possano desumersi da esso per il fatto che, ad esempio, in un altro atto o provvedimento tale presunta disciplina precettiva risulterebbe fedelmente riprodotta. Tale diversa modalità di formalizzazione della realtà sostanziale non soddisfa i parametri dettati dal legislatore per dare rilevanza sul piano giuridico alla disciplina che si intendeva dettare, in quanto la forma richiesta ad substantiam sta a significare che, sul piano giuridico, l'atto non può produrre i suoi effetti se non è stato esternato in quella forma. La verbalizzazione in tali casi non è un vizio esterno all'atto, dal momento che quest'ultimo non vive sul piano giuridico al di fuori di tale realtà formale.

Del pari, ad esempio, il provvedimento di concessione del bene demaniale non è in grado di produrre i suoi effetti se dall'esame del suo contenuto non è possibile individuare chi ne è il destinatario o qual è esattamente l'area che ne è oggetto, vale a dire non sono esattamente identificati gli elementi soggettivi o oggettivi della realtà esterna che concorrono a formare il contenuto dispositivo del provvedimento.

Nullità e annullabilità attengono perciò ad aspetti diversi del rapporto tra realtà formale e realtà fenomenica. La disciplina in tema di annullamento serve in realtà più genericamente ad individuare il grado di rilevanza che il legislatore assegna a determinati fatti o comportamenti propri della fase di formazione dell'atto o provvedimento, individua cioè quali di essi possono assumere rilevanza ed essere fatti valere come vizi che alterano l'assetto finale di interessi in esso contenuto. Atti o comportamenti che possono, ora appartenere alla realtà fenomenica, ora alla realtà giuridica, ma che risultano finalisticamente orientati entrambi alla nascita della nuova disciplina precettiva, nei sensi indicati nel provvedimento.

La disciplina in tema di nullità invece individua, come si è cercato di precisare, **gli elementi identificativi della realtà esterna che debbono essere rappresentati e riprodotti nel provvedimento, se si vuole che esso sia in grado di generare effetti giuridici, vale a dire sia in grado di modificare la realtà giuridica preesistente ed incidere in questo modo sulla realtà sostanziale.** Nell'atto giuridico la realtà sostanziale, che è sottesa a quella formale, deve infatti essere compiutamente descritta, nel senso che è necessario indicare da chi l'atto è posto in essere, quale è la finalità perseguita con esso e con quali modalità, perché la disciplina in essa dettata possa assurgere a livello di disciplina giuridica impegnativa per coloro che debbono essere indicati come i suoi destinatari. L'elencazione contenuta nell'art.1418 cod. civ ha perciò una portata che va al di là della sola disciplina in tema di nullità del contratto, in quanto non è possibile qualificare e dare rilevanza in senso giuridico ad un atto, se il suo esame non consente di identificarne l'autore, o che risulti privo di contenuto dispositivo, in quanto carente delle necessarie indicazioni relative alla sua finalità o ai beni della vita di cui dovrebbe assicurare il soddisfacimento

L'atto giuridico per sua natura deve infatti necessariamente avere un contenuto precettivo ed è tale se è anzitutto posto in essere da chi per legge tale precetto è legittimato a impartire. E' questa la ragione per la quale Benedetto Croce, in nome della circolarità dello spirito, considerava la scienza giuridica come scienza della pratica. La norma giuridica e gli atti e i comportamenti che, sulla base di essa sono adottati, assolvono infatti a compiti prescrittivi e, quindi, sono finalisticamente orientati ad incidere in questo modo sulla realtà effettuale. La rappresentazione della realtà sulla quale l'atto è destinato ad incidere deve perciò essere esaustiva, nel senso che in esso devono essere compiutamente descritti ed indicati l'autore o gli autori, i destinatari, l'oggetto, le finalità perseguite. e quant'altro lo stesso legislatore ritiene essenziale perché l'atto concretamente posto in essere assolva ai compiti prescrittivi propri della categoria alla quale esso appartiene. Quando tale rappresentazione deve essere fatta con determinate formalità e non con altre, anche tale modalità espressiva concorre alla identificazione e, quindi, alla rilevanza dell'atto sul piano giuridico. **L'atto nullo è inidoneo a produrre conseguenze sul piano giuridico, in quanto, dal punto di vista dell'ordinamento, esso manca della necessaria forza causale per operare in tale realtà, vale a dire per modificare la realtà giuridica preesistente.** Tale inidoneità consegue al fatto che esso manca di uno o più degli elementi la cui presenza è ritenuta dal legislatore essenziale per dare ad esso rilevanza su questo terreno. L'atto posto in essere ioci causa, ad esempio, può avere tutti gli elementi richiesti dall'art 1418 cod. civ., ma non è in grado di produrre effetti sul piano giuridico, perché manca del necessario contenuto dispositivo. Non a caso la nuova normativa espressamente considera causa di nullità dell'atto amministrativo la mancanza assoluta di potere da parte dell'autorità emanante. Ciò dimostra come la nullità consegue alla inidoneità dell'atto a dettare una disciplina che sia vincolante per coloro che dovrebbero esserne i destinatari. Essa perciò risulta priva di portata precettiva, o secondo il linguaggio del legislatore, di contenuto

dispositivo.

Un discorso diverso deve essere svolto con riguardo all'annullamento. Partiamo anzitutto dall'esame della disciplina dettata dal codice civile in tema di errore. Anzitutto è indubbio che la nozione giuridica attiene al momento formativo dell'atto e, quindi, ha riguardo a comportamenti che si collocano in un momento anteriore rispetto alla formazione del suo contenuto dispositivo, in ordine al quale si accerterà che hanno soltanto svolto una influenza causale negativa. Inoltre, esso non attiene alle modalità con le quali gli elementi identificativi dell'atto sono stati in esso descritti, ma ad un momento anteriore, quello di formazione della volontà individuale. L'errore opera nella zona del fatto, dal momento che esso è la risultante della erronea rappresentazione della realtà effettuale, ora con riguardo al soggetto, o ai soggetti, ora all'oggetto.

Nel diritto amministrativo tale processo formativo è colto con maggiore incisività, perché anche tale fase è procedimentalizzata per legge, ed è quindi più agevole cogliere come le figure sintomatiche dell'eccesso di potere attengono alla erronea rappresentazione della realtà fattuale plasmata attraverso l'emanazione di una nuova disciplina giuridica, attraverso cioè un provvedimento che innova sulla realtà giuridica preesistente.

Anche le altre ipotesi di annullabilità o attengono a vizi formali (violazione di legge), in cui si è incorsi nell'adozione di uno o più atti del procedimento, ovvero attengono all'incompetenza, vale a dire alla inidoneità del soggetto (Autorità) che li ha posto in essere o a posto in essere quello conclusivo. L'incompetenza, se non è assoluta, per il legislatore non è in grado di privare il provvedimento del suo contenuto precettivo, allo stesso modo di quanto accade nel diritto civile per l'incapacità relativa o, sotto altro profilo, per alcune ipotesi di errore, come, ad esempio, nei casi di accettazione dell'eredità o di sua rinuncia: la presenza di tale vizio non è considerata in questi casi causa di annullabilità dell'atto, vale a dire non priva l'atto del suo contenuto dispositivo, a differenza di quanto accade nel contratto, dove invece le conseguenze sono di segno contrario. Ciò sta a significare che la situazione soggettiva preesistente relativa all'autore dell'atto di autonomia privata e che ha influito sulla formazione della relativa disciplina, non sempre è presa in considerazione dal legislatore al fine di influenzare e di interagire con la realtà formale, che alla prima si ricollega.

Allo stesso modo accade per l'incompetenza, che, valutata sotto il profilo civilistico, dà luogo ad una sorta di incapacità relativa, che solo se è fatta valere come vizio dell'atto ne genera l'annullamento.

Una ulteriore particolarità, molto più significativa della prima, è data dal fatto che, mentre nel contratto, la fase della sua formazione è lasciata alla libera iniziativa delle parti, tenute soltanto ad agire secondo buona fede e correttezza, quindi trattasi di una fase che rileva prevalentemente sul piano fenomenico, tanto da avere scarso peso sul piano giuridico, per altre categorie di atti, come le delibere degli organi collegiali o le delibere assembleari, al pari di quanto accade per l'atto amministrativo, si ha che tale fase risulta interamente procedimentalizzata e può dar luogo all'annullamento dell'atto conclusivo, per il solo fatto che non sono state rispettate le disposizioni di legge che regolano la formazione dei singoli atti. Anche tali particolarità possono risultare perciò utili per comprendere alcune modifiche introdotte dalla nuova normativa in tema di annullabilità.

In questi casi i vizi dell'atto non scaturiscono da fatti o comportamenti maturati nella realtà fenomenica, come accade per i contratti, nel caso, ad esempio, di violenza o di dolo, ma dal fatto che, al pari di quanto notava Giannini a proposito delle procedure ad evidenza pubblica, **la nascita dell'atto presuppone l'esistenza secundum legem di una serie causale di atti giuridici che precedono o, in taluni casi, doppiano quello conclusivo del procedimento, e che sono in grado di trasferire ad esso le illegittimità o i vizi, che dir si voglia, che si sono verificati nella suddetta fase formativa.** In questi casi, tuttavia, anche se sarebbe improprio definire l'annullabilità come conseguenza della influenza che, ai fini della validità dell'atto giuridico, il legislatore assegna alla realtà fenomenica, come accade per l'errore, la violenza o il dolo determinante, pur tuttavia si assiste ad un fenomeno che al primo rimanda, nel senso che i vizi dell'atto maturano in un fase che, pur non essendo pregiudiziale, è pur sempre preesistente all'atto che detta la disciplina a contenuto dispositivo vincolante per i suoi destinatari.

III- Il ragionamento si presenta in termini rovesciati allorché si parla di nullità, dal momento che, com'è facilmente intuibile, in questo caso la realtà su cui si appunta l'esame non è quella che precede il completamento dell'atto nel quale è racchiusa la disciplina precettiva o, secondo il linguaggio del legislatore, il suo contenuto dispositivo, ma investe direttamente quest'ultimo, in quanto trattasi di stabilire se, sotto il profilo formale, esso presenta tutti gli elementi essenziali che caratterizzano la fattispecie astratta, tipizzata dalla norma per quella categoria di atto o provvedimento. La mancanza di uno di essi è sufficiente ad impedire che il provvedimento concretamente posto in essere sia in grado di produrre quelle modificazioni di detta realtà, vale a dire di produrre quegli effetti giuridici, che il suo autore si ripromette e che sarebbero destinati ad interagire con la realtà fenomenica. L'atto giuridico, sotto questo profilo, può

essere paragonato alla scena di un film., in quanto, in entrambi i casi, l'immagine o , nel nostro caso, il testo non sono la realtà fenomenica , ma la sua rappresentazione, al fine di indicare quale area della realtà sostanziale è interessata dalla disciplina dettata dal provvedimento o è stata riprodotta nel film. La differenza è nel fatto che, nel nostro caso, detta realtà effettuale non viene solo riprodotta, ma plasmata in base alla disciplina precettiva dettata con il provvedimento, al fine di interagire con la prima mediante l'esercizio delle nuove situazioni soggettive che si debbono produrre in virtù del provvedimento, Quando perciò alcuni elementi essenziali per la sua caratterizzazione sono assenti o risultano del tutto lacunosi, e tale realtà è quindi mal rappresentata, vengono a mancare le premesse perché la disciplina dettata con il provvedimento possa a sua volta interagire, mediante la produzione degli effetti, con la realtà fenomenica, che si intendeva rappresentare e disciplinare.. Il legislatore esclude la possibilità che l'atto giuridico sia idoneo alla produzione degli effetti quando, in altri termini, non è chiaro su quale realtà sostanziale l'atto sarebbe destinato ad incidere, ovvero non è possibile dire con certezza da chi è stato posto in essere e con quali finalità, quando cioè o manca l'oggetto, o manca la causa, ovvero non è indicato nei termini richiesti il soggetto, ovvero tutti questi elementi non sono rappresentati nella forma richiesta dalla legge. La mancanza di uno di tali elementi essenziali rifluisce in altri termini sul contenuto dell'atto, termine coniato dalla dottrina, e ripreso dal legislatore, per rimarcare sotto il profilo, sia soggettivo, che oggettivo, la portata dispositiva dell'atto. Il raffronto va, quindi, in questi casi effettuato tra la fattispecie astratta prevista dalla norma e quella concreta, così come quest'ultima risulta formulata dal suo autore o dai suoi autori .La difformità negli elementi essenziali priva la seconda della idoneità ad assumere cittadinanza nella realtà giuridica e a dispiegare gli effetti che altrimenti sarebbero propri.

Nullità e annullabilità attengono perciò al diverso modo in cui, rispetto all'atto giuridico, interagiscono tra di loro realtà formale e realtà sostanziale, dal momento che i bisogni disciplinati o che si intendono disciplinare con l'atto o provvedimento e che sono espressione e trovano linfa nella realtà fenomenica, sono destinati a restare del tutto inappagati se l'atto non è in grado, per le ragioni già dette, di produrre effetti sul piano giuridico, non è cioè in grado di assicurare la nascita di una o più situazioni soggettive, il cui esercizio, da parte del relativo titolare, è in grado di determinare, a cascata, conseguenze positive sul piano extranormativo e far conseguire a costui il bene della vita cui aspira.

Il termine "bene della vita" a sua volta acquista in tal modo una duplice valenza, in quanto può essere inteso in senso formale, se si fa riferimento alla situazione giuridica soggettiva dal cui esercizio deriva il soddisfacimento dell'interesse sostanziale di chi ne è titolare, ovvero può essere inteso come effettiva soddisfazione del bisogno o dell'interesse disciplinato nell'atto, se si dà rilievo alla realtà fattuale che ne è a fondamento. Le due nozioni tendono a sovrapporsi allorché la situazione soggettiva scaturente dall'atto crea una relazione diretta con il bene, mentre tendono a differenziarsi allorché detta situazione di titolarità si sostanzia nella pretesa che, tramite la cooperazione dell'obbligato, il suo interesse sostanziale venga soddisfatto.

La realtà formale si presenta così come la più straordinaria invenzione dell'uomo per incidere, attraverso la creazione della realtà immateriale, quale è appunto la disciplina giuridica, su quella fenomenica, al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni individuali e di quelli collettivi.

IV - La nuova disciplina dettata dall'art.21 septies L.n.241/1990, in tema di nullità del provvedimento amministrativo, se letta sulla base della chiave ricostruttiva ora proposta, riesce di agevole interpretazione, almeno per quanto riguarda il suo primo comma. Essa costituisce la fedele riproduzione di concetti di teoria generale, la cui consacrazione legislativa non influisce peraltro sulla portata della precedente disciplina in tema di annullabilità, ora riprodotta nel successivo art.21 octies.

Ciò che tuttavia si chiede all'interprete, perché tale risultato sia possibile, è di non cadere nell'errore di sovrapporre gli aspetti della disciplina propri dei vizi desumibile dagli atti o comportamenti posti in essere per la formazione del provvedimento e che sono in grado di determinarne l'annullamento, con quelli che investono direttamente quest'ultimo, nella sua autonoma e diversa funzione di centro di produzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche soggettive. .La violazione delle norme imperative o, più genericamente la violazione di legge, è espressamente richiamata dalla citata disposizione con riferimento alla sola annullabilità, ma è evidente che è in grado di provocarne la nullità, se afferisce al suo contenuto dispositivo, sotto forma di mancanza di uno dei suoi elementi essenziali

La chiave di lettura che si è inteso proporre esce altresì rafforzata anche dall'esame della normativa in tema di annullabilità, perché è indubbio che trattasi di disposizioni volte a disciplinare i vizi o, più esattamente, le violazioni che inficiano gli atti che interessano la fase di formazione del provvedimento e che possono determinarne l'annullabilità.

Il riferimento esplicito all'eccesso di potere ne costituisce una esplicita conferma e consente di affermare che le figure sintomatiche che concorrono ad individuarne i confini debbono tuttora essere considerate causa di annullabilità e mai di nullità del provvedimento, ivi compreso il difetto di motivazione, che, pur essendo considerato dalla normativa positiva un elemento necessario per la legittimità dell'atto, è pur sempre un vizio che riguarda la sua fase di formazione, la cui mancanza vicia sì la disciplina con essa dettata, ma non lo priva del suo contenuto dispositivo, vale a dire della sua idoneità a svolgere la sua funzione di produzione degli effetti giuridici. Il vizio rileva come mancata esternazione del processo conoscitivo e logico attraverso il quale si è pervenuti a dettare un certo contenuto dispositivo. Non consente di verificare se il processo ricostruttivo della realtà effettuale, sulla quale il provvedimento è destinato ad incidere, sia stato corretto e se quindi, gli interessi pubblici e privati che si relazionano ad essa, siano stati colti nella loro corretta dimensione e portata: se, in ultima analisi, vi è adeguatezza tra la ricostruzione di tale realtà e la disciplina dettata con l'atto. L'interessato è in questo modo privato della possibilità di verificare se il contenuto precettivo del provvedimento si è formato correttamente. In altri termini, mentre i motivi nel diritto privato sono di norma relegati nella zona del fatto, in quanto rilevano normalmente in termini di c.d. presupposizione, che assurge a vizio solo se si traducono in errore rilevante e riconoscibile, nel diritto amministrativo rilevano di per sé, come vizio formale, in quanto preclude di verificare il corretto svolgersi della funzione amministrativa. E' questo un passaggio molto importante della ricostruzione in chiave di sistema della normativa di recente emanazione, dal momento che una conclusione di diverso tenore rischierebbe, in modo del tutto illogico, di esporre i provvedimenti amministrativi al rischio di pronunzie di nullità, che potrebbero intervenire anche a distanza di anni dalla loro adozione. Va evidenziato altresì che le modifiche di recente apportate alla legge sul procedimento, da un lato accentuano la sua funzione di garanzia per il cittadino nei confronti della p.a., dall'altro, in taluni casi, restringono l'area delle illegittimità, attraverso l'introduzione dell'atto solo irregolare, per il quale le violazioni di legge verificatesi nel corso del procedimento non producono alcuna conseguenza circa la validità dell'atto finale.

La contraddizione è tuttavia solo apparente, perché le nuove disposizioni in realtà sono finalizzate ad accentuare in termini sostanzialistici la presenza del cittadino nel circuito istituzionale che fa capo alla p.a., ma nel contempo riducono gli spazi entro cui tale presenza si ridurrebbe ad un fatto solo formale, inidoneo ad influire sulla portata dispositiva del provvedimento conclusivo.

Continuando a ragionare nei termini dianzi indicati, si riscontra pertanto in questi casi unicamente lo spostamento del baricentro che in precedenza caratterizzava il rapporto tra validità degli atti del procedimento e validità dell'atto conclusivo, vale a dire la misura entro cui i vizi che interessano i primi si riverbano in vizi di quello conclusivo.

Sulla base di tale direttrice si superano agevolmente le apparenti discrasie che sembrano altrimenti di difficile comprensione, avendo in questi casi il legislatore fatto proprio il sano pragmatismo che è a fondamento di scelte di analogo tenore presenti in altre discipline, come ad esempio quella che vige nel diritto processuale civile, dove per taluni atti la nullità non può essere dichiarata se lo scopo è stato egualmente raggiunto, o quella secondo cui la delibera assembleare non è impugnabile, se è sostituita con un'altra conforme a legge.

La stessa previsione della possibilità di convalida dell'atto annullabile, sussistendone le ragioni di pubblico interesse, e sempre che intervenga in un termine ragionevole, prevista dall'art 21 nonies della stessa legge, è agevolmente spiegabile, se si considera che la lesione della situazione soggettiva del privato effettivamente lesa è divenuta ormai misura e limite del potere caducatorio oltre che del giudice, in taluni casi, della stessa amministrazione. L'aver previsto la nuova figura del provvedimento soltanto irregolare, che non provoca alcun effetto invalidante, allorchè la violazione di legge non incide sui profili sostanziali della vicenda giuridica che costituisce il contenuto dispositivo del provvedimento, come accade in primis per il provvedimento vincolato, o nei limiti in precedenza indicati, con riferimento anche al provvedimento discrezionale emesso in assenza della comunicazione di avvio del procedimento, è indice di un diverso modo di concepire la legalità amministrativa, la cui violazione non conduce sempre ed in ogni caso all'annullamento del provvedimento.

Non è questa la sede per approfondire gli ulteriori aspetti della normativa positiva che, secondo alcuni, in questi casi avrebbero trasformato il giudice amministrativo nel giudice del merito dell'azione amministrativa. Nulla di più errato: la disposizione ha anzitutto cura di precisare che la rilevanza del vizio deve essere " palese ": il che, riduce notevolmente i suoi spazi di discrezionalità, e sta a significare che il giudice amministrativo è chiamato a verificare, attraverso l'esame del motivo di ricorso giurisdizionale formulato da chi denuncia il vizio e mediante l'esame delle ulteriori prove a questo proposito addotte, se le ragioni di ordine sostanziale che sarebbero state prospettate dal ricorrente erano in grado di influire sulla decisione adottata dall'autorità, meritavano cioè di essere apprezzate e tenute

presenti dall'amministrazione prima di adottare il provvedimento conclusivo. Del pari è da escludere che si determini in questo caso una inversione dell'onere della prova, perché è chi denuncia il vizio che deve precisare quali erano gli elementi conoscitivi che avrebbe sottoposto alla riflessione della p.a. e che avrebbero avuto una efficienza causale l'emanazione di un provvedimento di contenuto anche solo in parte diverso. E' cioè la dialettica processuale che si sviluppa tra le parti, attraverso il ricorso giurisdizionale, l'eventuale ricorso incidentale e/o le memorie di replica, a consentire al giudice di accertare se è stata o meno raggiunta la prova della negativa incidenza causale che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento ha avuto sul contenuto del provvedimento, tanto più che, a favore di colui che è destinatario di un provvedimento sfavorevole, è prevista una ulteriore garanzia procedimentale, nel senso che ha diritto di conoscere, prima che tale provvedimento sia emanato, quale esito si preannuncia per la sua situazione attuale di titolarità o di semplice aspettativa. Dall'intera normativa sull'agire dell'amministrazione affiora non da ora il principio che la legalità va coniugata con l'economicità e l'efficienza: ciò è sufficiente a spiegare le deroghe introdotte, volte a prevedere in questi casi l'annullamento soltanto quando risultano pregiudicati gli interessi sostanziali disciplinati dall'atto. Lo stesso principio vale allorché è possibile rimediare alle precedenti illegittimità mediante la convalida del provvedimento annullabile, ricorrendone gli altri presupposti richiesti dalla richiamata disposizione.

V- Quanto detto induce a proporre conclusioni di più ampio respiro, in grado di dare una risposta esauriente anche agli interrogativi che la nuova disciplina pone sotto il profilo della giurisdizione, almeno per quanto riguarda lo spinoso tema della nullità del provvedimento, chiarimento tanto più necessario se si ha presente che, con riferimento ai casi di nullità di provvedimenti elusivi del giudicato., la nuova legge prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dal che ex adverso potrebbe dedursi che, nelle altre ipotesi di nullità, la giurisdizione spetta sempre al giudice ordinario.

Conclusione questa che, oltre a risultare a nostro avviso erronea, potrebbe costituire il cavallo di Troia per aggirare il ristretto spatium deliberandi accordato al privato per proporre ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, riformulando la richiesta in termini di nullità dell'atto per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali E' questo, come si diceva, il punto più delicato della disciplina in tema di nullità, perché l'effetto congiunto derivante dalla inesistenza in questo caso di un termine decadenziale per proporre l'azione in sede giurisdizionale, coniugato all'unisono con la dilatazione dell'area propria dei vizi del provvedimento in grado di comportarne la nullità, rende del tutto incerto l'agire amministrativo, con il rischio che il ricorso al rimedio della nullità potrebbe servire per rimettere ingiustificatamente in discussione situazioni soggettive largamente consolidate nel tempo, che trovano titolo nel provvedimento di cui si assume la nullità.

Si comprende perciò in questo modo agevolmente la ragione per la quale è necessario tracciare, sul piano teorico, un rigido spartiacque tra le ipotesi di nullità e quelli di annullabilità, partendo, come si è cercato di fare, dal convincimento espresso magistralmente da Nigro, vale a dire da uno dei padri, se non dal padre della legge sul procedimento, secondo cui il provvedimento amministrativo è solo il punto di emersione dell'esercizio della funzione amministrativa : tutto ciò che, pertanto, attiene alle modalità di svolgimento di detta funzione, che normalmente si articola , come è noto e come si è in precedenza ricordato, attraverso una serie concatenata di atti o provvedimenti di natura procedimentale, può dar luogo a vizi che possono rendere illegittimo e, quindi, annullabile il contenuto dispositivo del provvedimento conclusivo, ma non sono in grado di privarlo della sua portata precettiva e, quindi, non ne determinano la nullità .Le violazioni di legge che rilevano ai fini della nullità del provvedimento sono perciò solo quelle che inficiano, come si è cercato di dimostrare, il provvedimento amministrativo sotto il profilo della sua idoneità a svolgere in concreto la sua funzione di centro di produzione degli effetti giuridici., stante la lacunosa rappresentazione nel contenuto del provvedimento dei soggetti e della restante realtà sostanziale sulla quale esso dovrebbe incidere , oltre che degli altri requisiti di cui la legge prescrive l'osservanza a pena di nullità.

In questo modo tuttavia *non si è ancora data una risposta certa al problema della giurisdizione, fatta eccezione per i casi in cui il legislatore ha espressamente previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, proprio partendo dall'assunto che il contenuto dispositivo del provvedimento adottato in esecuzione del giudicato va sottoposto al vaglio del giudice che tale giudicato ha il potere di far eseguire . La giurisdizione esclusiva è in questi casi la prosecuzione di quella già attribuita allo stesso giudice in materia di giudicato, ragion per cui l'esplicita previsione della nullità del provvedimento serve solo a sottolineare che la sua adozione lascia inalterato il potere del giudice amministrativo di potersi pronunziare anche nel merito, una volta riscontrata tale forma di invalidità che inficia il provvedimento dell'amministrazione. La previsione della nullità consegue al fatto che il contenuto*

*dispositivo del provvedimento contrasta ingiustificatamente con il comando giurisdizionale che l'amministrazione era tenuta ad eseguire, vale a dire risulta dettato un contenuto dispositivo che contrasta o elude quello risultante dal giudicato e nei limiti risultanti dal giudicato. Probabilmente si potrebbero avere anche casi di nullità solo parziale.*

*Per poter dare tuttavia una risposta in grado di considerare , sotto il profilo della giurisdizione, anche gli altri casi di nullità del provvedimento, è necessario allargare l'orizzonte dell'indagine , tenendo in particolare conto anzitutto dei criteri elaborati dalla Corte Costituzionale, che concorrono ad integrare il diritto vivente.*

Dirò subito che, al di là della loro forza vincolante, la loro condivisione nasce dal fatto che, in epoca non sospetta, avevo avuto modo di rilevare che la giurisdizione esclusiva non può essere attribuita ad libitum del legislatore ordinario, in quanto deve necessariamente avere ad oggetto i diritti soggettivi di natura conformativa e non quelli paritari, vale a dire solo quei diritti nei quali uno o più delle facoltà che concorrono ad individuarne il contenuto sono esercitabili nella misura in cui trovano il loro titolo abilitativo in un apposito provvedimento dell'amministrazione. Sono questi infatti i soli diritti in grado di trascorrere dalla fase pretensiva, che caratterizza l'interesse legittimo, a quello di diritto pieno e viceversa.

Partendo da questo assunto, il baricentro è costituito dalla situazione soggettiva che viene in rilievo ai fini della individuazione della giurisdizione del giudice amministrativo. Come ha precisato la Corte Costituzionale, essa è quella disciplinata nell'atto o provvedimento adottato dalla p.a., dal momento che suo compito istituzionale è di verificare se la valutazione della misura di compatibilità dell'interesse pretensivo del richiedente, con quello pubblico proprio della p.a., così come è consacrata nel provvedimento, è o meno immune da vizi di legittimità dedotti con il ricorso giurisdizionale . A differenza del giudice civile, che è chiamato in prima battuta a risolvere il conflitto intersoggettivo insorto tra le parti in giudizio, quello amministrativo verifica se la composizione degli interessi, pubblici e privati, realizzata dalla p.a, sia immune da vizi sotto il profilo della legittimità. In altri termini, il conflitto intersoggettivo che si apre innanzi al giudice amministrativo ha ad oggetto l'atto a contenuto dispositivo emanato dalla p.a, vale a dire è volto a stabilire se le modalità con le quali la situazione soggettiva del destinatario del provvedimento è stata conformata, risulti immune da vizi sotto il profilo della legittimità. Tale precisazione si impone, dal momento che il ricorso giurisdizionale non sempre è proposto da chi si ritiene leso nella sua posizione pretensiva. Allorché questa abbia trovato pieno soddisfacimento nel provvedimento dell'amministrazione, il ricorso giurisdizionale è proposto dal terzo, che lamenta la lesione di un interesse personale e diretto, destinato a rilevare nel giudizio amministrativo sempre entro questi limiti, anche quando ad esso è sottesa una posizione di titolarità piena, di vero e proprio diritto soggettivo, come accade, ad esempio, se l'impugnativa è proposta dal titolare della licenza di commercio, che si ritenga leso dal rilascio di un provvedimento analogo a colui che considera suo concorrente, ovvero dal proprietario di un immobile , che contesta la legittimità della concessione edilizia a favore del vicino..

L'assetto di interessi dettato con il provvedimento amministrativo ha sì ad oggetto la compatibilità dell'interesse pretensivo del richiedente con quello pubblico di cui è portatore la p.a , ma la sua adozione inevitabilmente incide sulle situazioni soggettive dei terzi, se si risolve in senso favorevole al destinatario dell'atto. In tal modo, infatti, le altre situazioni soggettive, soprattutto quelle che già godono di una relazione diretta con altri beni della vita, soprattutto quelle che già hanno la consistenza di veri e propri diritti soggettivi, possono subire una compressione nelle loro modalità di fruizione, a seguito del modificarsi della realtà giuridica preesistente, determinata dalla emanazione del nuovo atto favorevole al suo destinatario. Il rilascio di una nuova licenza commerciale, volendo continuare con gli esempi precedenti, può pregiudicare altro titolare di un titolo abilitativo analogo, che teme una diminuzione della propria clientela, così come il proprietario di un immobile adiacente e chiunque ne ha interesse temono di veder modificata illegittimamente la precedente fruizione del contesto ambientale , se viene realizzato l'immobile oggetto della nuova concessione edilizia, dalla quale discende la trasformazione della situazione pretensiva in jus aedificandi, o, come è più corretto ritenere, in legittimo esercizio della facoltà già insita nel contenuto del diritto di proprietà.

La modificazione della realtà giuridica preesistente, che si ha con l'emanazione del nuovo provvedimento, legittima tutti coloro che si ritengono lesi ad agire in giudizio per la tutela del loro interesse personale e diretto, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento, ove se ne dimostri l'illegittimità .

La giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo si ha, dunque, tanto se agisce in giudizio il titolare di un interesse pretensivo, che si ritenga leso dal provvedimento di diniego adottato nei suoi confronti , sia quando la lesione viene lamentata da chi si duole del provvedimento positivo a favore del controinteressato. In entrambi i casi il

conflitto intersoggettivo scaturisce dal provvedimento adottato dall'amministrazione : se tale provvedimento è di contenuto negativo, il conflitto è tra p.a. e titolare dell'interesse pretensivo, mentre se è favorevole a costui, vede su posizioni contrapposte non p. a. e destinatario del provvedimento, come nel primo caso, ma il ricorrente da un lato e le altre due parti, sia quella pubblica, che quella privata, dall'altro, tanto è vero che, a pena di inammissibilità, il ricorso giurisdizionale va notificato ad entrambi, controinteressato risultante dal provvedimento e Autorità emanante. Conflitto che va risolto non già verificando le posizioni di rispettiva titolarità del ricorrente e del controinteressato, secondo lo schema valevole innanzi al giudice civile, ma verificando che la composizione che l'interesse di ciascuno di essi con l'interesse pubblico, operata con il provvedimento, sia immune da vizi di legittimità .Ciò comporta che : a) la posizione soggettiva di colui che ha ottenuto il provvedimento favorevole, solo se valutata ex ante è di interesse legittimo, perché, se valutata ex post, ha ormai assunto la veste del diritto soggettivo, b ) quella fatta valere dal terzo che impugna il provvedimento favorevole del controinteressato tuttavia non rileva mai nella sua eventuale consistenza civilistica, vale a dire come diritto soggettivo, anche quando in tale sede è suscettibile di una siffatta qualificazione, ma unicamente sotto il profilo sostanziale di interesse personale e diretto, di cui si lamenta la lesione, a seguito della emanazione del provvedimento favorevole al terzo, alla stessa stregua di quanto può fare in questi casi il titolare di un interesse solo pretensivo o, nei casi previsti dalla legge, sono legittimati a fare i gruppi intermedi, a tutela di interessi c,d, diffusi, di cui sono i soggetti esponenziali, secondo la previsione di legge.

Si spiega in questo modo l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale secondo cui rientrano nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo tutte le controversie che involgono l'esame della legittimità del provvedimento con il quale è stato conformato l'interesse legittimo del privato , trattandosi di una situazione soggettiva che si atteggia in termini di situazione pretensiva, che solo l'amministrazione è legittimata a rendere idonea a trasformarsi in diritto soggettivo o in facoltà compresa in un più ampio diritto di tale natura, il cui esercizio è soggetto al favorevole provvedimento dell'amministrazione, come ad esempio accade per i beni vincolati, dove solo alcune di tali facoltà possono essere esercitate dal proprietario, se ritenute compatibili dall'amministrazione con l'interesse storico artistico o paesaggistico di cui il bene è nel contempo il referente di ordine sostanziale.

Le situazioni soggettive che vengono all'esame del giudice amministrativo sono perciò la proiezione e solo la proiezione di quelle che sono state oggetto di esame in sede amministrativa. Se in questa sede la posizione del destinatario del provvedimento è di natura pretensiva , il controllo giurisdizionale sul provvedimento amministrativo che ha proceduto alla sua conformazione spetta sempre al giudice amministrativo, a prescindere da chi ha proposto il ricorso, vale a dire anche se il ricorrente è titolare di un diritto soggettivo, in quanto anche tale situazione di titolarità rileva in questo caso solo sotto il profilo della eventuale lesione del suo interesse personale e diretto, mentre se la situazione soggettiva disciplinata con il provvedimento è di diritto soggettivo, la giurisdizione spetterà al giudice amministrativo, solo se gli è espressamente attribuita a titolo di giurisdizione esclusiva. A ragione la Corte Costituzionale ha concluso nel senso che, in base all'art.103 primo comma Cost., sussiste la giurisdizione amministrativa ogni qual volta trattasi di scrutinare, sotto il profilo della legittimità, il provvedimento amministrativo che ha conformato la situazione soggettiva di interesse legittimo di cui risulta titolare il privato e, solo se espressamente attribuito, il modo in cui è stato conformato il suo diritto soggettivo. Ciò che è utile ribadire è che tale individuazione va fatta con riferimento al provvedimento della p.a che ha disciplinato l'interesse legittimo, in quanto la situazione soggettiva fatta valere in giudizio, che si pretende lesa, rileva in questi casi unicamente nei termini di esistenza o meno di un interesse personale e diretto all'annullamento dell'atto di cui risulta destinatario il controinteressato, anche quando chi agisce, come si è visto, è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo. Se, in altri termini, l'interesse legittimo ha già trovato tutela e possibilità di assicurare la soddisfazione del bene della vita con l'emanazione del provvedimento amministrativo, il processo amministrativo serve a verificare la conformità a legge di tale modificazione della precedente realtà giuridica, ritenuta, invece, illegittima dal terzo che ha proposto il gravame. Solo perciò quando il titolare dell'interesse pretensivo lamenta tale mancata modificazione della realtà giuridica preesistente si ha piena coincidenza tra situazione soggettiva pretensiva, azionata in giudizio, e situazione soggettiva pretensiva disciplinata dal provvedimento, perché ,negli altri casi di giurisdizione generale di legittimità, la situazione soggettiva regolata dal provvedimento si è trasformata da pretensiva in diritto soggettivo pieno, mentre quella fatta valere in giudizio da chi propone il gravame può essere di varia natura: la legittimazione sostanziale a ricorrere è data unicamente dalla esistenza di un interesse personale e diretto, che è stato leso dal provvedimento di cui si chiede l'annullamento ed, eventualmente, il risarcimento dei danni subiti. Di giurisdizione esclusiva potrà perciò parlarsi solo quando la situazione soggettiva di titolarità disciplinata dal

provvedimento ha ad oggetto non una situazione pretensiva, ma un diritto soggettivo che l'amministrazione si determina a conformare in modo diverso, comprimendo in tutto o in parte l'esercizio di facoltà sino a quel momento esercitate e che concorrevano ad individuarne l'effettivo suo contenuto. La giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo sussiste invece ogni qual volta l'atto o il provvedimento conformativo della p.a ha determinato il passaggio della situazione soggettiva di cui è titolare il richiedente, da una posizione di quiescenza ad una di legittimo esercizio delle facoltà, o anche di talune delle facoltà che concorrono ad individuarne il contenuto in termini di diritto soggettivo, determinando così la pretesa lesione dell'interesse personale e diretto del terzo, ovvero, nella ipotesi opposta in cui tale richiesta è stata ritenuta dalla p.a. non compatibile con l'interesse pubblico di cui essa è titolare, provocando la reazione di costui che si ritiene leso nelle sue legittime aspettative.

La lunga premessa serve per dimostrare che, sul criterio di riparto ora esposto, non ha alcuna influenza il vizio del provvedimento che viene fatto valere, o, più esattamente, il tipo di invalidità che viene denunciata. Se, infatti, la situazione soggettiva che è stata disciplinata dall'atto o provvedimento affetto da nullità era di tipo pretensivo, la giurisdizione su di esso spetta in ogni caso al giudice amministrativo; se viceversa la situazione soggettiva con esso disciplinata era di diritto soggettivo, la giurisdizione spetterà al giudice amministrativo solo quando ricorre una ipotesi di giurisdizione esclusiva. Se, ad esempio, risulta affetto da nullità il provvedimento concessorio in materia di canoni o corrispettivi, è indubbio che il preteso vizio debba essere fatto valere innanzi al giudice ordinario, mentre se la pretesa nullità attiene a provvedimenti unilaterali della p.a. di natura dispositiva, che incidono sul rapporto in atto esistente tra amministrazione e concessionario, la giurisdizione spetterà, ai sensi del primo comma dell'art. 5 L.n.1034/1971, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto è stato esercitato una potestà o un diritto potestativo, in ogni caso una situazione di titolarità in grado di modificare, secondo l'insegnamento di Santi Romano e dei civilisti secondo i rispettivi punti di vista, unilateralmente quella di spettanza del privato. La giurisdizione in altri termini non può a nostro avviso mutare a seconda della invalidità che viene denunciata, in quanto essa si determina sulla base della situazione soggettiva conformata dal provvedimento amministrativo.

Le conseguenze non cambiano allorché viene impugnata la concessione edilizia o altro provvedimento abilitativo, sostenendo che esso è stata rilasciato da una Autorità carente in assoluto di potere e che, quindi, l'atto è affetto da nullità. Dal punto di vista formale il provvedimento ha pur sempre la veste di atto emanato da un'Autorità amministrativa, e . quindi la veste di atto amministrativo, di cui, al contrario di quanto sostenuto dal ricorrente, potrebbe essere dimostrata la piena validità. E' solo la dichiarazione giurisdizionale di nullità che accerta l'esistenza o meno del vizio, perché, al di fuori dei casi in cui esso non venga spontaneamente riconosciuto dai diretti interessati, l'invalidità del provvedimento deve essere accertata nelle competenti sedi istituzionali, altrimenti resta una pia aspirazione di chi la predica.

Ciò tuttavia non significa che possono dirsi superate le perplessità che nascono sulla opportunità di una tale previsione legislativa, tanto più che non risultano adottate le necessarie cautele per salvaguardare i diritti di terzi di buona fede, succeduti frattanto nella posizione di titolarità scaturita dal provvedimento favorevole dell'amministrazione. Quid juris infatti quando, a distanza di anni, viene dichiarata la nullità della concessione edilizia priva della sottoscrizione del Sindaco? Tale nullità travolge anche la posizione del terzo, che in buona fede ha acquistato l'immobile, o una porzione di esso, dal costruttore, magari colluso con la parte pubblica? Sotto questo ed altri tale profili la disposizione è lacunosa, anche perché sembra frutto più di una frettolosa trasposizione dottrinarica, che di un autonomo approfondito esame del legislatore, che avrebbe dovuto riflettere sulle garanzie, soprattutto in materia di trascrizione, adottate in sede civile, per evitare che la difesa della legalità si trasformi ora in un ingiustificato ostacolo per la circolazione giuridica dei beni, ora in un sistema truffaldino a favore dei più furbi.

## **7. La disciplina processuale .**

Sul piano procedurale – ha segnalato Cerulli nel lavoro prima analizzato - restano aperti molteplici problemi che concernono l'esercizio dell'azione di nullità, come anche delle altre azioni dichiarative o di mero accertamento davanti al giudice amministrativo, in assenza di una specifica disciplina procedurale. E' noto che la posizione tradizionale della nostra giurisprudenza è, sul punto, di segno negativo, laddove ammette detto tipo di azione, "negli stessi limiti in cui è ammessa nel processo civile, quando si agisce per la tutela di diritti soggettivi, ancorchè non patrimoniali"; mentre in via generale non l'ammette a "tutela degli interessi legittimi, la quale si realizza esclusivamente mediante l'annullamento di un provvedimento o mediante pronunce dichiarative dell'illegittimità di un silenzio assimilabile a un provvedimento" (Cons. St., VI, n. 261/84). Nonostante che alcune azioni esperibili davanti al giudice amministrativo, (si pensi ad esempio a quelle avverso il c.d. silenzio), sono sicuramente ascrivibili in termini di teoria generale alle azioni di accertamento, come in dottrina è assolutamente pacifico.

In sostanza, l'azione di mero accertamento avrebbe dimora nel giudizio amministrativo solo in sede di giurisdizione esclusiva mentre sarebbe esclusa negli altri casi.

Invero, questa posizione, - secondo Cerulli - già da molto tempo criticata in dottrina, non appare più condivisibile; e la nuova norma d'altra parte la supera positivamente, laddove espressamente prevede la fattispecie della nullità degli atti amministrativi senza spostare il riparto della giurisdizione. Che azioni di nullità davanti al giudice amministrativo, almeno da questo momento, siano senz'altro esperibili è perciò da ritenere un dato pacifico.

Sul punto, si debbono distinguere i casi in cui il provvedimento amministrativo affetto da nullità sia lesivo di situazioni di diritto soggettivo, nei quali casi, come sopra s'è accennato, la tutela resta in capo al giudice ordinario (non producendosi l'effetto di degradazione); dai casi in cui il provvedimento affetto da nullità sia lesivo di situazioni di interesse legittimo. Chè, in tali casi, la giurisdizione, in assenza di specifica norma modificativa del sistema di riparto, non può che spettare al giudice amministrativo. Sul punto, per nulla viene a incidere la già commentata disposizione del 2° co., la quale limitatamente alle azioni di nullità per violazione o elusione di giudicato, ne attribuisce la cognizione al giudice amministrativo, anche nel caso in cui esse siano promosse a tutela di diritti soggettivi. Essa deroga perciò non alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo a tutela di interessi legittimi, che negli altri casi perciò rimane ferma, ma alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario a tutela di diritti soggettivi (come sempre in caso di norme attributive di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

L'azione di nullità davanti al giudice amministrativo quindi è sicuramente esperibile. Essa è a sua volta sicuramente ascrivibile a quelle dichiarative o di mero accertamento. Occorre perciò che la giurisprudenza faccia fronte in assenza di specifica disciplina normativa, ad adattare gli strumenti procedurali esistenti alle esigenze di quel tipo di azione (come peraltro essa non si è mai rifiutata di fare a fronte di altre e anche più delicate operazioni di adattamento della normativa vigente). D'altra parte, la stessa invenzione giurisprudenziale degli atti paritetici del 1939, servì a uno scopo analogo, adattare cioè alle esigenze proprie della tutela dei diritti uno strumentario procedurale che era stato previsto per altre esigenze di tutela.

Segnatamente, si pone sul punto un problema di individuazione dei termini nei quali l'azione può essere esperita; a mio giudizio, non può che essere seguita la disciplina del codice. Si pone poi un problema di soggetti legittimati ad esperire l'azione; e anche in questo caso non può che essere seguita la disciplina del codice. Per quanto riguarda la rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità,

già la giurisprudenza in molteplici occasioni si era pronunciata in senso favorevole (almeno a partire dalle decisioni dell'Adunanza plenaria del 1992, che si sono ricordate).

Va rilevato che una recente autorevole opinione dottrinale si è espressa in senso favorevole all'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo.<sup>22</sup>

L'autore ha ritenuto che l'ammissibilità della tutela di accertamento e la tutela di condanna, fin tanto che non intacchino la sfera della discrezionalità dell'amministrazione, appaia --- contrariamente a quanto si suole usualmente affermare --- non eccessivamente problematica. Per un verso, né la Costituzione né le disposizioni legislative che disciplinano il processo amministrativo sembrano assoggettarle a un principio di tipicità; per altro verso, come ci si accinge ad illustrare, esse rappresentano, sotto il profilo strutturale e nell'ottica della separazione dei poteri, un "minus" rispetto alla tutela costitutiva.

A questo proposito, va considerato preliminarmente che anche la sentenza di annullamento nel processo amministrativo rientra tra le sentenze costitutive non necessarie. Le sentenze costitutive di questo tipo sono state ricondotte dalla dottrina processualcivilista nell'ambito della tutela di condanna ed esecutiva allo stesso tempo. La peculiarità del processo in questi casi è infatti che in esso si assomma "la funzione cognitiva di accertamento della pretesa e la funzione esecutiva di attuazione coattiva tramite un terzo della pretesa stessa.

In buona sostanza, scomponendo sul piano logico la sentenza costitutiva, il giudice compie una duplice operazione: accerta che sussista nel caso concreto il diritto alla modificazione giuridica fatto valere in giudizio dall'attore (diritto potestativo); rende operativo nella sfera giuridica del convenuto il mutamento giuridico richiesto.

Anche nella sentenza di annullamento emanata dal giudice amministrativo è possibile separare, sempre sul piano logico, la funzione cognitiva di accertamento e la funzione esecutiva di attuazione coattiva. Si potrebbe ritenere infatti che il provvedimento illegittimo faccia sorgere in capo al titolare dell'interesse legittimo una pretesa alla sua rimozione da parte dell'amministrazione, rimozione alla quale essa potrebbe provvedere spontaneamente in via di autotutela (da qui anche la riconduzione della sentenza di annullamento alle azioni costitutive non necessarie). In ciò consiste la crisi di cooperazione dalla quale scaturisce l'esigenza di proporre il ricorso innanzi al giudice amministrativo.

Il processo tende dunque ad un tempo all'accertamento di questa particolare pretesa, attraverso l'esame della fondatezza dei motivi di ricorso, e alla realizzazione coattiva immediata della medesima, attraverso la pronuncia di annullamento.

In definitiva, l'annullamento costituisce un *quid pluris* rispetto all'accertamento della pretesa alla rimozione del provvedimento illegittimo. Non si tratta peraltro di un'osservazione nuova. Più di cinquant'anni fa, Miele --- nel commentare una sentenza del Consiglio di Stato che aveva escluso la cessazione della materia del contendere in un caso nel quale l'amministrazione, pendente il giudizio, aveva annullato il provvedimento impugnato sostituendolo però con un altro affetto dalle stesse illegittimità ---- sottolineava che la sentenza di annullamento, così come quella di condanna, "si scinde logicamente nei due momenti dell'accertamento e della repressione dell'invalidità".

---

<sup>22</sup> Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo* in corso di pubblicazione su Dir. proc. amm.

In ultima analisi, non pare azzardato ritenere che un ordinamento processuale che con riferimento alla tutela degli interessi legittimi prevede espressamente l'azione di annullamento ammette con ciò stesso implicitamente al possibilità di proporre azioni di dichiarative di doveri e di condanna all'emanazione di un provvedimento determinato, almeno nei casi in cui all'esito dell'accertamento processuale, e dunque in relazione ai limiti oggettivi del giudicato, non residui in capo all'amministrazione alcun margine di discrezionalità.

L'azione di adempimento non sembra incontrare un ostacolo neppure nelle disposizioni legislative già citate, quella cioè secondo la quale la sentenza deve contenere l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa (art. 65 n. 5 del Reg. di procedura) e l'altra che fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (art. 45 del T.U.).

La prima, come si è visto, tende soltanto a escludere che l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo avvenga nelle forme previste dal codice di procedura civile. La sede specifica per far valere le pretese esecutive nei confronti della pubblica amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo è quella dell'ottemperanza.

La salvezza degli ulteriori provvedimenti, invece, può essere posta in collegamento con quelli che vengono definiti come i limiti cronologici del giudicato. Il giudicato sostanziale, che accerta in modo definitivo l'esistenza o l'inesistenza di una determinata situazione giuridica soggettiva, si riferisce a un momento storico determinato e impedisce il riesame o la proposizione di questioni anteriori ad esso. Ove emergano fatti sopravvenuti, non vi è invece alcun impedimento a che l'amministrazione eserciti i poteri di cui essa è titolare, senza alcuna limitazione discendente dal giudicato. Così, per trarre un esempio dal processo civile, passata in giudicata la sentenza di condanna al pagamento di una somma di danaro emessa nei confronti del convenuto in qualità di fideiussore di un credito del terzo, il soccombente può proporre opposizione all'esecuzione nel caso in cui successivamente alla sentenza passata in giudicato il debitore è stato ammesso a concordato preventivo con offerta di pagamento ai propri creditori del 40% dei propri debiti, evenienza che giustifica la pretesa di una riduzione proporzionale dell'obbligazione fidejussoria. Allo stesso modo, sembra ipotizzabile che dopo il passaggio in giudicato della sentenza del giudice amministrativo, intervengano fatti nuovi che consentano all'amministrazione di esercitare poteri in contrasto con l'ordine contenuto nella sentenza. I provvedimenti così emanati, vengono dunque, in questo senso, "fatti salvi".

Il rilievo delle conclusioni raggiunte su un piano generale conforta nel senso di ritenere ammissibile l'azione di nullità anche al di fuori del campo della giurisdizione esclusiva, innanzi al giudice amministrativo in giurisdizione generale di legittimità.

Naturalmente sarebbe del tutto auspicabile che il legislatore consegnasse all'interprete, con urgenza, i lineamenti generali della disciplina processuale dell'azione in assenza dei quali non potrà che farsi riferimento al codice civile, ritenendo che *l'atto nullo non produca effetti, che l'azione sia imprescrittibile, che sia svincolata dal termine decadenziale, che la questione di nullità dell'atto amministrativo sia rilevabile ex officio in ogni stato e grado del giudizio amministrativo.*

Permane problematica la definizione del rapporto fra azione di ottemperanza ed azione di nullità.

Ne deriva una vera rivoluzione nella struttura del giudizio amministrativo che merita di essere calibrata dall'intervento del legislatore al fine di individuare un termine per l'azione e svincolare, per lo meno in taluni casi, il rilievo della nullità dalla stretta regola dell'officiosità.

## CONCLUSIONI

Questo breve scritto reca in epigrafe una riflessione di J. Habermas sul rapporto fra diritto e potere comunicativo ( il potere che nasce da quella opinione che trova gli uomini concordi ), ebbene se è vero che tale è l'origine del fondamento della moderna legislazione, nell'epoca del crollo del diritto sacrale ( che si era sempre autorizzato da solo senza fare i conti con il problema del consenso), occorre anche ammettere che tale forma di normazione in tanto funziona in quanto vi sia una vera concordia e chiarezza di intenti ; all'opposto la legislazione moderna si presenta, spesso, dotata di costitutiva debolezza e fiacchezza, per la sua oscurità, incompletezza, per la vaghezza delle sue formule, per la natura compromissoria delle sue scelte , per la debolezza intrinseca alla moderna razionalità strumentale.

Queste caratteristiche della normazione aumentano le responsabilità dell'interprete che deve guardarsi da atteggiamenti liquidatori, e dovrebbe far nascere dalla sua opera le premesse per un incessante miglioramento della legislazione ( anche raggiungendo quella speciale forma di potere comunicativo che è data dalla concordia degli interpreti su una determinata quaestio iuris ).

La difficile ( ma piccola ) questione del rapporto fra azione di nullità ed azione di giudicato ( alla luce dell'art. 21 septies comma 2 della legge n. 241/1990 ) va inquadrata in questa dinamica dell'esperienza giuridica, tesa fra giurisprudenza ( intesa in senso anglosassone come sintesi dell'opera del giudice e della dottrina ) e legislazione ad individuare gli spazi per un ampliamento di tutela nei confronti delle patologie del potere.

Si tratta, a ben vedere , di un compito tradizionale ma ineludibile se è vero che il diritto è quello strumento di incessante *ricerca* della verità che avvalora il potere e lo rende legittimo, che trascende la forza anche quando, nel giudicato, la esercita con pienezza, che non cessa di interrogarsi sulla coerenza e la validità delle scelte amministrative.