

IGNAZIO ZINGALES

***PROCESSO CIVILE ED ACCERTAMENTO (IN VIA
PRINCIPALE) DELLE NULLITÀ PROVVEDIMENTALI TRA
AZIONE E DISAPPLICAZIONE****

SOMMARIO: 1. *Introduzione;* 2. *Il giudice munito di potestas iudicandi: la tesi che afferma l'esclusiva giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle azioni di nullità provvedimento;* 3. *Segue: la tesi che afferma l'esclusiva sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo;* 4. *Segue: la tesi che afferma, anche nella materia de qua, l'applicabilità delle normali regole di riparto fondate sulla natura delle posizioni giuridiche dedotte in giudizio;* 5. *Lo strumento utilizzabile nell'ambito della giurisdizione civile per far valere, in via principale, i vizi di nullità provvedimento. L'ammissibilità dell'azione di nullità provvedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Le differenze tra la sentenza disapplicativa di un provvedimento nullo e la sentenza dichiarativa della nullità;* 6. *Segue: l'"esecutività" della sentenza dichiarativa della nullità provvedimento;* 7. *Segue: l'inconcepibilità di una disapplicazione di un provvedimento nullo;* 8. *Giudice amministrativo e tutela dichiarativa nei confronti del provvedimento nullo;* 9. *Il termine di proposizione dell'azione di nullità del provvedimento amministrativo;* 10.

* Il presente lavoro costituisce parte di una monografia, di prossima pubblicazione, dal titolo: *L'azione civile di nullità nei confronti dei provvedimenti amministrativi.*

Legittimazione ed interesse ad agire nel campo delle azioni di accertamento di nullità provvedimento.

1. Introduzione

La tematica concernente la configurabilità e l'individuazione dei vizi di nullità del provvedimento amministrativo ha alle spalle una storia alquanto travagliata.

Per un lunghissimo arco temporale, e precisamente dalla nascita del sistema di giustizia amministrativa e fino al 2005, la categoria della nullità provvedimento non è stata oggetto, da parte del legislatore, di interventi volti alla creazione di una disciplina generale.

Le sporadiche operazioni legislative hanno, infatti, riguardato specifiche materie concernenti, per lo più, settori del pubblico impiego.

Nel menzionato lasso di tempo, all'atteggiamento non proprio solerte del legislatore si è però contrapposto un intenso lavoro della giurisprudenza e della dottrina diretto ad una ricostruzione concettuale del fenomeno; ricostruzione risultata non particolarmente agevole a causa, da un lato, della vicinanza, nella materia *de qua*, della categoria della nullità a quella, anch'essa non codificata, della inesistenza e, dall'altro, della difficoltà, in determinate fattispecie, di distinguere, con sufficiente sicurezza, i vizi di nullità da quelli generanti ipotesi di "mera" annullabilità per illegittimità.

Le incertezze che hanno accompagnato l'evoluzione interpretativa non sono, purtroppo, del tutto svanite neanche con l'introduzione

nell'ordinamento - ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15 – dell'art. 21 *septies*, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La norma, nel codificare le ipotesi di nullità provvedimentoale, si limita, infatti, a stabilire che l'atto amministrativo è nullo quando manca degli elementi essenziali, quando è viziato da difetto assoluto di attribuzione, quando è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge, senza, però, indicare in maniera specifica il catalogo di tali elementi essenziali e senza attribuire un significato chiaro, una volta per tutte, al fenomeno del difetto assoluto di attribuzione.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, dunque, l'intervento normativo non è riuscito a risolvere tutte le problematiche inerenti alla precisa delimitazione del terreno della nullità (inerenti, cioè, alla chiara individuazione dei confini che separano tale campo da quello, se possibile forse ancor più amorfo, della inesistenza e da quello della annullabilità).

Considerato, però, il taglio e le finalità di ordine processuale del presente lavoro e nonostante la loro indubbia rilevanza, tali aspetti, per ovvie ragioni di contenimento dell'analisi, dovranno, in questa sede, essere trascurati.

Il che significa che, pur poggiando su un traballante dato sostanziale, l'indagine si svilupperà, sin da subito, in ottica processuale.

Anche questo cammino appare, però, accidentato.

L'ingiustificabile oblio legislativo, che caratterizza la materia *de qua*, fa sì che la tematica si presenti, invero, ricca di profili problematici anche se analizzata in chiave marcatamente processuale.

Su questo versante, l'art. 21 *septies* si limita, infatti, esclusivamente ad assumere (al secondo comma) i connotati propri della norma di riparto e ad attribuire laconicamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato".

Nulla, invece, afferma il legislatore in ordine al riparto che caratterizza la tutela giurisdizionale in presenza degli altri vizi di nullità ed in ordine alla struttura dell'azione diretta alla verifica dell'esistenza degli stessi ed al tipo di tutela erogabile dal giudice adito. Aspetti, questi, che, come è facile intuire e come si evidenzierà meglio nel prosieguo dell'indagine, investono direttamente il campo del processo civile. Ed invero, ferme restando, ovviamente, le ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva, in caso di emanazione di provvedimenti amministrativi nulli in settori caratterizzati dalla presenza di diritti soggettivi, la relativa tutela potrà e dovrà essere erogata dal giudice ordinario, dal momento che un provvedimento nullo non è, chiaramente, idoneo a determinare la degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo.

Ma vi è di più.

La diretta rilevanza nel processo civile delle questioni appena evidenziate si può, invero, manifestare anche in presenza di interessi legittimi tutte le volte che si voglia chiedere tutela nei confronti di provvedimenti amministrativi asseritamente nulli resi in materie assoggettate alla giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Ed al fine di giustificare il lavoro intrapreso, può, inoltre, sottolinearsi che - in ordine ai suesposti profili processuali problematici -

ad una non cospicua produzione giurisprudenziale da parte dei giudici di merito si aggiunge, ad oggi, la totale assenza - in sede di regolamento di giurisdizione, di ricorso *ex art.* 111, comma 8, Cost., o di ricorso ordinario *ex art.* 360 c.p.c. - di interventi chiarificatori della Corte di cassazione, con conseguente mancata formazione di un diritto vivente.

Questi, dunque, i principali motivi che spingono chi scrive ad avviare la presente indagine diretta a tratteggiare sia l'attuale riparto di giurisdizione che caratterizza la materia *de qua*, sia il modello di azione esperibile avverso provvedimenti nulli¹; indagine che, in questo momento, sarà, però, condotta solo con riferimento all'ipotesi in cui la lite riguardi, in via principale, un provvedimento asseritamente nullo, dal quale, in via diretta, derivi la lesione della posizione soggettiva di cui si chiede tutela, con riferimento, cioè, al caso in cui l'azione da esperire abbia, quale oggetto principale, la verifica dell'esistenza del vizio di nullità e, quale *petitum* immediato, la richiesta di una statuizione che dichiari l'invalidità del provvedimento.

In questa sede, non saranno, dunque, prese in considerazione le fattispecie in cui la questione di nullità del provvedimento amministrativo entri nel processo, quale questione pregiudiziale, attraverso una eccezione di parte o un eventuale (ove ritenuto ammissibile) rilievo officioso del giudice; fattispecie, queste ultime, che saranno esaminate – anche sotto il profilo della delimitazione dell'oggetto del giudizio e del giudicato - nel suddetto lavoro monografico di prossima pubblicazione.

¹ L'argomento è stato, in parte, già trattato dallo scrivente in *Note in tema di tutela giurisdizionale dichiarativa nei confronti dei provvedimenti amministrativi nulli*, in www.judicium.it ed in corso di pubblicazione negli Annali del Seminario Giuridico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, vol. IX, Giuffrè-Milano.

E sempre in tale monografia - dopo una rapida analisi sia della estensione della categoria dei vizi di nullità del provvedimento amministrativo prima dell'entrata in vigore del predetto art. 21 *septies*, comma 1, che delle ragioni che hanno condotto alla codificazione di tali vizi operata con questa norma, e dopo una indagine sulla riconducibilità o meno del *genus* della nullità provvedimentoale al fenomeno della nullità negoziale -, si affronteranno, inoltre, la tematica relativa all'ambito di operatività, nel settore in esame, del giudizio di ottemperanza e la questione dell'ammissibilità di una tutela cautelare dichiarativa di nullità provvedimentoali.

2. Il giudice munito di potestas iudicandi: la tesi che afferma l'esclusiva giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle azioni di nullità provvedimentoale.

Una delle problematiche che, nell'ultimo decennio, ha maggiormente affaticato gli studiosi del processo è senza dubbio quella relativa alla individuazione dei confini che delimitano i settori di intervento del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Il tema, alimentato da discutibili e poco chiari interventi legislativi [volti ora ad allargare l'area della giurisdizione ordinaria (in materia di pubblico impiego), ora ad ampliare l'area della giurisdizione esclusiva amministrativa], è stato ed è, come è noto, oggetto di un costante scontro (spesso camuffato da dialogo) tra i vertici delle due giurisdizioni, in cerca l'una e l'altra di ritagliarsi sempre maggiori spazi in materia di tutela nei confronti della pubblica amministrazione.

E neanche l'intervento della Corte costituzionale, attuato con la notissima sentenza n. 204 del 6 luglio 2004², è riuscito definitivamente a

² In Dir. proc. amm., 2004, 799, con nota di CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, e di VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*; in Foro it., 2004, I, 2594, con note di BENINI S., di TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, e di FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*; ed in Guida al diritto, n. 29/2004, 88, con nota di FORLENZA O., *Con le restrizioni sui diritti soggettivi addio al criterio dei «blocchi di materie»*. In dottrina, su tale sentenza, cfr., inoltre, CARBONE V. - CONSOLO C. - DI MAJO A., *Il «waltzer delle giurisdizioni» rigira e ritorna a fine ottocento*, in Corr. giur., 2004, 1125 ss.; TISCINI R., *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, 568 ss.; FERRONI M. V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 119 ss.; CLARICH M., *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in Giorn. dir. amm., 2004, 969 ss.; POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, ibidem, 974 ss.; MATTARELLA B. G., *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, ibidem, 979 ss.; PAJNO A., *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, ibidem, 983 ss.; SASSANI B., *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.judicium.it; DELLE DONNE C., *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del GA nella sentenza della Consulta n. 204/2004: il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi*, ibidem; LAMORGESE A., *La giurisdizione nei servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, ibidem; MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in Dir. proc. amm., 2005, 214 ss.; VIRGA G., *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in www.LexItalia.it; GAROFOLI R., *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, ibidem; SAITTA F., *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, ibidem; MONACILIUNI M., *La breve stagione del potere monitorio del giudice amministrativo, con particolare riferimento ai crediti dei farmacisti*, ibidem; GIACCHETTI S., *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in Cons. Stato, 2004, II, 1647 ss.; CARAMAZZA I. F., *Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204)*, in Rass. Avv. Stato, 2004, 741 ss.; CHINE' G., *I nuovi confini delle giurisdizioni: quale futuro per la giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo?*, in Giur. it., 2005, 917 ss.; CONTI R., *Corte costituzionale, riparto delle giurisdizioni e art. 34 D.Lgs. n. 80/98: fu vera rivoluzione?*, in Urb. e app., 2004, 1035 ss.; LUCA E., *Sentenza n. 204/2004: ragioni della Consulta e necessità di un nuovo intervento legislativo*, in Rass. amm. sic., 2004, 1483 ss.; CAPOBIANCO R., *I limiti della giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in Giust. amm., 2004, 848 ss.; RAPONI F., *Osservazioni "a caldo" sulla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204. I diritti di credito in materia di servizi pubblici ritornano al giudice ordinario?*, in

far calare il sipario su tutte le annose questioni concernenti l'assetto di distribuzione delle competenze giurisdizionali tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Giova rapidamente ricordare che, con tale pronunzia, la Corte ha affermato che, alla luce dell'art. 103, comma 1, Cost., il potere del legislatore in ordine alla scelta delle controversie da devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non è “né assoluto né incondizionato”, ma “deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie”.

Ad avviso del Giudice delle leggi, sulla base di quanto disposto dall'art. 103, comma 1, Cost., le materie assoggettabili alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo “devono essere «particolari» rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità”; devono, cioè, “partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”.

In quest'ottica, “il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur

sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità”³.

Da queste conclusioni occorre partire per poter comprendere appieno quella interessante (e sempre più seguita) teoria che, proprio muovendo dai risultati raggiunti dal Giudice delle leggi, configura, nelle varie ipotesi di nullità provvedimento, un modello di riparto di giurisdizione non in linea con i sedimentati e tradizionali criteri basati sui binomi diritto soggettivo-giudice ordinario ed interesse legittimo-giudice amministrativo.

Secondo questa originale ricostruzione elaborata dalla dottrina, in caso di emanazione di provvedimenti amministrativi nulli per assoluto difetto di attribuzione o per assenza di elementi essenziali, “alcun potere autoritativo – di cui il provvedimento amministrativo costituisce puntuale espressione – ha conosciuto esercizio”⁴.

Di conseguenza, «la giurisdizione su siffatti “non provvedimenti” dovrebbe spettare al GO, dovendo quest’ultimo rilevare che la PA ha agito

³ Come è noto, la Corte costituzionale ha nuovamente affrontato alcuni aspetti della tematica *de qua* con la sentenza 11 maggio 2006, n. 191, in Foro it., 2006, I, 1625, con note di TRAVI A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell’amministrazione*, e di DE MARZO G., *Occupazioni illegittime e giurisdizione: le incertezze della Consulta*. Con tale pronuncia, il Giudice delle leggi ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 53, comma 1, del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 325 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità – Testo B), trasfuso nell’art. 53, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità – Testo A), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all’esercizio di un pubblico potere”.

⁴ D’ANGELO L., *Nullità del provvedimento amministrativo, situazioni giuridiche soggettive e giurisdizione alla luce della decisione della Consulta n. 204/2004*, in www.Giustamm.it.

non come Autorità ovvero secondo moduli non autoritativi»⁵; e “ciò, conformemente a quanto ritenuto dalla Consulta nella decisione n. 204/2004 laddove ha correlato, in punto di determinazione della giurisdizione, il potere autoritativo (l’esercizio del) agli interessi legittimi (giurisdizione di legittimità), al più, in talune particolari materie, affiancati anche da diritti soggettivi (giurisdizione esclusiva)”⁶.

“L’ultimo insegnamento della Consulta” – prosegue l’autore - “sembra aver consegnato all’interprete un sistema di riparto di giurisdizione tra GA e GO fondato non sulla sola ed esclusiva sussistenza, in astratto o in concreto, di un potere amministrativo, né tanto meno sulla sola ed esclusiva sussistenza di un interesse legittimo (oppositivo o pretensivo)”⁷; un sistema, cioè, in cui, ai fini dell’affermazione della giurisdizione amministrativa, è assolutamente necessaria “la compresenza correlata di entrambe le situazioni giuridiche (potere autoritativo ed interessi legittimi tra loro dialoganti)”⁸.

Dunque, “l’atto affetto da nullità, costituendo negazione dell’esercizio di potere autoritativo, non sarà scrutinabile dal GA, pur in sede di una contemplata giurisdizione esclusiva (tanto più in sede di giurisdizione di legittimità) mancando quel dialogo tra potere e posizioni di interesse legittimo che costituisce l’essenza dell’operare della giurisdizione del GA”⁹.

E ciò varrebbe anche con riferimento a fattispecie caratterizzate dalla presenza di interessi legittimi pretensivi, in cui «a livello

⁵ Op. et loc. ult. cit.

⁶ Op. et loc. ult. cit.

⁷ Op. et loc. ult. cit.

⁸ Op. et loc. ult. cit.

⁹ Op. et loc. ult. cit.

“descrittivo”...vengono a contrapporsi un provvedimento amministrativo nullo ed un (preesistente) interesse legittimo»¹⁰. Ed invero, “la sola presenza del secondo, in assenza di un agire della PA come autorità che con il medesimo dialoghi, non renderà possibile la devoluzione della controversia alla giurisdizione del GA. Di qui la conclusione obbligata che vede, nella giurisdizione del GO, la naturale sede della controversia”¹¹.

Allo stesso modo, altra dottrina¹² osserva che “l’aver tassativamente disciplinato i casi di nullità del provvedimento amministrativo, cioè dell’atto tipico di esercizio del potere, sta a significare che, in quei casi, il potere non è riconoscibile come tale e, quindi, non sussiste... Ne consegue che la giurisdizione dovrebbe sempre spettare al giudice ordinario anche sul risarcimento del danno conseguente all’atto nullo”.

“Se è vero” – sottolinea l’autore – “che il giudice amministrativo ha competenza sugli interessi legittimi, i quali (anche secondo la sentenza n. 204/2004) possono sussistere esclusivamente a fronte dell’esercizio del potere da parte della p.a., risulta evidente che, quando tale potere non sussiste (perché il provvedimento è nullo), la giurisdizione amministrativa non può essere radicata non sussistendo interessi legittimi. Né sarebbe possibile limitare la giurisdizione ordinaria alle controversie ove siano implicati interessi oppositivi (che, non potendo essere degradati da provvedimenti nulli, rimarrebbero nello stato originario di diritti soggettivi), escludendo le controversie relative agli interessi pretensivi”¹³.

¹⁰ Op. et loc. ult. cit.

¹¹ Op. et loc. ult. cit.

¹² LAMORGESE A., *Nullità dell’atto amministrativo e giudice ordinario*, in www.Giustamm.it. ed in Riv. dir. proc., 2009, 86-87.

¹³ LAMORGESE A., *Nullità dell’atto amministrativo*, cit., in www.Giustamm.it. ed in Riv. dir. proc., 2009, 90.

Ad avviso dell'autore, invero, tale sentiero ermeneutico non sarebbe praticabile sia “per evidenti ragioni (condivise anche dalla Corte costituzionale) di concentrazione della tutela dinanzi ad un unico giudice, che rendono inopportuno ripartire la giurisdizione sul provvedimento nullo a seconda del tipo di interesse (sostanziale) fatto valere dal privato”, sia “perchè gli interessi anche pretensivi a fronte del provvedimento nullo non sono interessi legittimi ma semplici interessi sostanziali”¹⁴. In sostanza, “se, come nel caso del provvedimento nullo, il potere non esiste, non può esistere nemmeno un interesse legittimo”¹⁵.

Ed allo stesso approdo ermeneutico, cioè all'affermazione, nella materia *de qua*, della giurisdizione, “in ogni caso”, dell'autorità giudiziaria ordinaria, a me pare che giunga anche altra dottrina, la quale, se non mi inganno, basa tale soluzione sulla equiparabilità della categoria della nullità a quella della inesistenza e sulla circostanza che il legislatore ha espressamente previsto la giurisdizione del giudice amministrativo solo in ordine alle questioni riguardanti la nullità dei provvedimenti amministrativi per violazione o elusione del giudicato; il che confermerebbe, “per la regola *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, che la competenza sulla nullità resta al giudice ordinario”¹⁶.

¹⁴ LAMORGESE A., *Nullità dell'atto amministrativo*, cit., in www.Giustamm.it. ed in Riv. dir. proc., 2009, 91.

¹⁵ LAMORGESE A., *Nullità dell'atto amministrativo*, cit., in www.Giustamm.it. ed in Riv. dir. proc., 2009, 91.

¹⁶ Cfr. SANDULLI M. A., *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in Foro amm. T.A.R., 2005, supplemento al n. 6, 13-14, secondo cui: “Se...la nullità pura venisse ancora equiparata, come a me parrebbe corretto, all'inesistenza dell'atto, la competenza a conoscerne sarebbe in ogni caso a pieno titolo del giudice ordinario. Qualora tuttavia, secondo una diversa chiave interpretativa, l'atto amministrativo nullo fosse da considerare come un atto comunque idoneo a produrre interinalmente i suoi effetti, costituendo in ogni caso esercizio del potere dell'autorità che lo ha assunto, esso si

Per concludere sul punto, non può non ricordarsi che, sia pur attraverso un diverso percorso argomentativo, già all'interno del panorama accademico degli anni 50, autorevole dottrina¹⁷ era giunta ad affermare l'esclusiva giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria in ordine alle azioni di accertamento della nullità del provvedimento amministrativo; e ciò, alla luce delle seguenti argomentazioni: a) nei poteri, attribuiti al giudice amministrativo, di annullamento per illegittimità (poteri, dunque, di carattere essenzialmente costitutivo) “non rientra...il mero accertamento della nullità-inesistenza assoluta, originaria perpetua ed insanabile, di apparenti o sedicenti provvedimenti amministrativi”¹⁸; b) “secondo il sistema attuale del nostro ordinamento, l'azione ordinaria di accertamento della nullità di un negozio è data di regola a chiunque vi abbia interesse... Potendosi ricavare di qui una regola generale, non vedo perchè questa non debba ritenersi applicabile anche per la nullità di atti amministrativi. Ma l'azione così concessa *ex lege* costituisce o rappresenta di per sé un diritto da far valere giudizialmente. Per conseguenza mi sembra se ne debba concludere che, secondo la legge abolitiva del contenzioso, l'azione stessa

troverebbe automaticamente affidato alla giurisdizione del giudice amministrativo. La conclusione, rispondendo piuttosto ad una *fictio legis* che non alla giusta ricostruzione di un reale esercizio del potere di cui l'amministrazione è tributaria (che non può ritenersi sussistente se l'atto è privo di uno dei suoi elementi essenziali), rischierebbe però a mio avviso una facile condanna di incostituzionalità. Quanto all'aver qualificato in termini generali come nullità le diverse ipotesi di elusione del giudicato, la norma, pur offrendo una precisazione senz'altro opportuna in un clima di costante incertezza, si limita ancora una volta a confermare un principio giurisprudenziale consolidato. Mentre ne è conseguenza pacifica la competenza del giudice amministrativo in sede di ottemperanza, la relativa previsione non ha a mio avviso alcun effetto sulla competenza a giudicare anche nel merito *ex art. 27, n. 4 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato*. La precisazione dimostra piuttosto, per altro verso, proprio per la regola *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, che la competenza sulla nullità resta al giudice ordinario”.

¹⁷ REDENTI E., *Inefficacia, invalidazione e giurisdizione-competenza in tema di provvedimenti della r.s.i.*, in *Giur. it.*, 1950, III, 33 ss..

¹⁸ REDENTI E., *Inefficacia*, cit., 35.

è proponibile per tutta quella vasta sfera soggettiva di interessati davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, secondo le regole ordinarie...”¹⁹.

3. Segue: la tesi che afferma l'esclusiva sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

A risultati diametralmente opposti, rispetto a quelli evidenziati nel paragrafo precedente, giunge una diversa corrente di pensiero, secondo la quale la tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti nulli *ex art. 21 septies* sarebbe demandata unicamente al giudice amministrativo²⁰.

La tesi muove dal dato secondo cui, allo stato attuale ed alla luce della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, il criterio di riparto della giurisdizione sarebbe “basato sull'esistenza del potere dell'amministrazione di realizzare il proprio interesse anche attraverso un atto autoritativo”²¹.

In quest'ottica, “purché tale potere esista in astratto, finanche se l'amministrazione, in concreto, decide di avvalersi di strumenti consensuali, *ex articolo 11 della legge n. 241/1990*²², sussiste, in virtù del

¹⁹ REDENTI E., *Inefficacia*, cit., 36, nota n. 3.

²⁰ Cfr. BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico tra privato e autorità: la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di CARINGELLA F. - DE CAROLIS D. – DE MARZO G., II, Milano, 2005, 841 ss..

²¹ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 912.

²² Questo il testo della norma:

1. “In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”.

combinato e coordinato disposto degli articoli 103 e 113 della Costituzione, 4 della legge n. 2248/1865 allegato E, 11 della legge n. 241/1990, la giurisdizione del giudice amministrativo”²³.

Ed è proprio quest’ultima norma ad assumere, in tale ricostruzione, una posizione di particolare rilievo.

L’autore, infatti, da un lato, evidenzia che la materia degli accordi stipulati ai sensi del predetto art. 11 è assoggettata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma, dall’altro, sottolinea come anche in questo campo si sia, nondimeno, in presenza di interessi legittimi, “dovendosi viceversa concludere per un’incostituzionalità di tale norma, proprio alla luce delle considerazioni contenute nella sentenza 204/2004, che invece l’ha espressamente fatta salva”²⁴.

1-bis. “Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati”.

2. “Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”.

3. “Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi”.

4. “Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l’amministrazione recede unilateralmente dall’accordo, salvo l’obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato”.

4-bis. “A garanzia dell’imparzialità e del buon andamento dell’azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell’accordo è preceduta da una determinazione dell’organo che sarebbe competente per l’adozione del provvedimento”.

5. “Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

²³ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 912-913.

²⁴ Così BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 913, il quale, a sostegno di tale conclusione, osserva che: “Se, come ha detto la Corte Costituzionale nella sentenza 204/2004, la giurisdizione esclusiva è ammissibile solo in caso di intima compenetrazione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, e se, come ha pure detto la Corte nella medesima circostanza, l’articolo 11 della legge n. 241/1990 è legittimo, allora negli accordi di cui

Ciò significa che, per potersi configurare ed individuare posizioni giuridiche aventi consistenza di interessi legittimi, non appare condizione necessaria l’emanazione di provvedimenti amministrativi, essendo sufficiente “che nel rapporto l’amministrazione sia comunque astrattamente dotata del potere autoritativo, anche se poi non lo esercita (inerzia) o se agisce secondo un modulo convenzionale”²⁵.

Conseguentemente, “se l’amministrazione ha la capacità di diritto pubblico, con riferimento alla cura di quell’interesse dedotto nel rapporto, allora la giurisdizione è giocoforza del giudice amministrativo, sia se l’amministrazione agisca mediante un provvedimento nullo sia se essa agisca mediante uno strumento convenzionale in sostituzione del provvedimento amministrativo”²⁶.

Dunque, sussisterebbero l’interesse legittimo e, conseguentemente, la *potestas iudicandi* dell’autorità giudiziaria amministrativa ogniqualvolta sia in astratto configurabile, in capo alla pubblica amministrazione, il potere di provvedere in posizione di supremazia (ogniqualvolta, cioè, sia rinvenibile una norma attributiva in astratto di tale potere).

A questo punto, al fine di delineare l’assetto di distribuzione delle competenze giurisdizionali, si appalesa, allora, necessario verificare se i casi di nullità contemplati dall’art. 21 *septies* presuppongano e/o integrino ipotesi di carenza in astratto di potere.

Ad avviso dell’autore, però, in tutti i menzionati casi, “l’amministrazione è astrattamente dotata del potere di provvedere, ed i

all’articolo 11 della legge 241/1990, benché l’amministrazione abbia agito privatisticamente, sono comunque rinvenibili posizioni di interesse legittimo”.

²⁵ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 913.

²⁶ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 913-914.

vizi riguardano solo la struttura del provvedimento con il quale il potere è stato esercitato o violazioni particolarmente gravi delle regole di esercizio del potere stesso”²⁷.

L’autore non manca, comunque, di puntualizzare che “l’unica ipotesi problematica, in cui potrebbe anche prospettarsi una carenza di potere in astratto, rilevabile già *ex ante*, è quella di difetto assoluto di attribuzione, in cui l’amministrazione esercita un potere che non le spetta, anche se esso pur sempre appartenga ad un’amministrazione diversa”²⁸.

Anche in questo caso, però, va preferita, secondo tale corrente di pensiero, la medesima soluzione scelta con riferimento alle rimanenti ipotesi di nullità; e ciò, in quanto “l’inclusione di siffatto vizio tra le altre fattispecie di nullità del provvedimento amministrativo, operata espressamente dall’articolo 21-*septies*, postula che ad esse lo leghi un’identità di disciplina anche sotto il profilo della giurisdizione, altrimenti il legislatore avrebbe dovuto necessariamente dire qualcosa in merito, al fine di distinguere lo statuto di alcune ipotesi rispetto ad altre”²⁹.

E così opinando, si osserva, dal punto di vista sostanziale, che: 1) “l’ipotesi di difetto assoluto di attribuzione (dove il potere esiste ma appartiene ad un differente apparato o ente territoriale) non rappresenta più un’ipotesi di carenza di potere, sufficiente a scongiurare la stessa configurabilità in termini pubblicistici del rapporto con il privato”³⁰; 2) “restano ipotesi di carenza di potere solo i casi in cui il potere adottato da un organo amministrativo, in realtà, non spetti ad alcun organo dotato di

²⁷ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 918.

²⁸ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 918-919.

²⁹ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 919.

³⁰ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 919.

poteri autoritativi, e non, invece, il caso in cui un'autorità adotti un atto incidente su una materia totalmente estranea al suo settore, ma appartenente al settore di altra autorità (cd. incompetenza assoluta)³¹.

A ciò si deve aggiungere, secondo tale ricostruzione, che “la scelta positiva contenuta implicitamente nell'articolo 21 *septies*, che vincola ovviamente il giudice, di attribuire alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo la cognizione in materia di difetto assoluto di attribuzione, da intendersi, come chiarito, nel senso di incompetenza assoluta, ha una propria ragionevolezza, visto che normalmente si tratta di ipotesi dove l'esatta determinazione del vizio è spesso problematica ed in situazione di confine con il vizio di incompetenza relativa”³². Ne discende, ad avviso di questa dottrina, che, considerato che “di frequente solo la pronuncia nel merito può sancire la correttezza della scelta operata riguardo all'individuazione del giudice competente,...bene ha fatto il legislatore a sventare la commistione tra questioni di merito e di giurisdizione, a tutto vantaggio della certezza ed effettività della tutela giurisdizionale”³³.

Ed inoltre, osserva in conclusione l'autore, “ritenere la giurisdizione del giudice ordinario, in materia di provvedimenti amministrativi nulli non adottati in situazione di carenza assoluta di potere, comporterebbe...un ulteriore risultato irragionevole ed incoerente. Il risultato per cui, sussistendo in astratto il potere in capo all'amministrazione, se questa operasse con uno strumento convenzionale, *ex* articolo 11 della legge 241/1990, vi sarebbe giurisdizione del giudice amministrativo (anche per

³¹ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 919.

³² BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 920.

³³ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 920.

l'eventuale dichiarazione di nullità dell'accordo), se adottasse un provvedimento radicalmente viziato, e quindi nullo, vi sarebbe invece giurisdizione del giudice ordinario...³⁴.

4. *Segue: la tesi che afferma, anche nella materia de qua, l'applicabilità delle normali regole di riparto fondate sulla natura delle posizioni giuridiche dedotte in giudizio.*

Le delineate ricostruzioni ermeneutiche - che attribuiscono unicamente all'autorità giudiziaria ordinaria o unicamente al giudice amministrativo la *potestas iudicandi* in ordine alle azioni giurisdizionali esperibili nei confronti dei provvedimenti amministrativi nulli - non sono, a mio avviso, condivisibili.

A me non pare, infatti, che il nuovo art. 21 *septies* abbia modificato, nella materia *de qua*, l'assetto di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo tradizionalmente basato sulla natura della posizione giuridica azionata; assetto che trova proprio nella pronuncia n. 204/2004 della Corte costituzionale una chiara conferma.

Il primo comma della menzionata norma ha, invero, solo il pregio di codificare, peraltro in maniera poco chiara, i casi di nullità del provvedimento amministrativo.

Il modello di riparto, già ad una interpretazione meramente letterale del dato normativo, resta fuori dall'ambito di operatività della disposizione³⁵.

³⁴ BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 923-924.

E ciò significa che, ferme restando, ovviamente, tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva amministrativa o ordinaria³⁶, per poter individuare

³⁵ Deve, comunque, osservarsi che la lettera della norma consente di risolvere una annosa diatriba giurisprudenziale concernente controversie involgenti diritti soggettivi. Inserendo, invero, tra le ipotesi di nullità, il difetto assoluto di attribuzione (vizio, questo, che evoca quello di carenza in astratto di potere), il legislatore ha implicitamente, ma chiaramente, indicato che, per contro, la carenza in concreto di potere (che si configura in caso di violazione delle norme che limitano o condizionano l'esercizio di un potere esistente) determina non la nullità, bensì l'annullabilità del provvedimento, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (nelle fattispecie, ovviamente, in cui è configurabile l'effetto degradatorio).

³⁶ Al riguardo, deve sottolinearsi che la Costituzione non esclude la possibilità, per il legislatore, di attribuire, in determinate materie, al giudice civile la tutela degli interessi legittimi e, dunque, di creare forme di giurisdizione ordinaria esclusiva.

Come è noto, secondo il tradizionale indirizzo della dottrina (Cfr. MORTATI C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1958, 871; BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 50; CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 29-30; ANDRIOLI V., *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, 1643; GIANNINI M. S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc. dir., Milano, XIX, 1970, 231; CAIANIELLO V., *Manuale di Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 84, nel testo e nella nota n. 16; GALLI R. – GALLI D., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Padova, 2004, 1645; MAZZAMUTO M., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in Giur. it., 1999, 1126), della Corte costituzionale (Cfr. Corte cost., 1 agosto 1979, n. 100, in Giur. cost., 1979, I, 732) e del Consiglio di Stato (Cfr. Cons. Stato, ad. gen., 31 agosto 1992, n. 146, in Cons. Stato, 1992, I, 1505, e Cons. Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in Foro it., 2000, III, 365, con nota di FRACCHIA F., *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2000, 556, con nota di TRAVI A., *La giurisdizione amministrativa al bivio*, ed in Foro amm., 2000, 768), nel sistema disegnato dalla Costituzione non vi sarebbe spazio per la configurabilità di una giurisdizione ordinaria in materia di interessi legittimi.

Questa tesi non è, a mio avviso, condivisibile.

Ed invero, deve innanzitutto osservarsi come nella Carta costituzionale non sia rinvenibile alcuna disposizione che espressamente vieti al legislatore di devolvere alla cognizione del giudice civile controversie involgenti interessi legittimi (Dello stesso avviso MENCHINI S., *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., *Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, 4874-4875. Cfr., sul punto, anche SANDULLI A. M., *Manuale di Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 1195).

In secondo luogo, occorre dare adeguato rilievo alla lettera dell'art. 113, comma 3, Cost. ("La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa"); norma, questa, che, riferendosi genericamente agli "atti della pubblica amministrazione" senza

l'autorità giurisdizionale fornita di *potestas iudicandi*, devono trovare applicazione i normali criteri di riparto³⁷, utilizzabili sia in presenza di atti nulli, sia in presenza di atti inesistenti.

Ed allora, in caso di provvedimento amministrativo nullo (o inesistente) reso a fronte di un diritto soggettivo, la relativa tutela giurisdizionale potrà e dovrà essere erogata dal giudice ordinario; e ciò, in quanto un atto inficiato dalla presenza di tali vizi di nullità, essendo giuridicamente inefficace³⁸, non è idoneo ad innescare il fenomeno della

operare distinzioni tra gli stessi, permette al legislatore di attribuire al giudice civile il potere di annullare anche provvedimenti connotati da elementi di discrezionalità.

Così opinando, appare chiara la rilevanza del ruolo che svolge l'art. 113 nella materia *de qua*; la disposizione - consentendo il superamento, nelle materie espressamente indicate dal legislatore, del divieto di revoca e modifica dei provvedimenti dell'autorità amministrativa sancito nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso - non si limita a registrare l'assetto di riparto venutosi a creare a seguito delle note legislazioni del 1865, del 1889 e del 1923, ma alza il sipario su scenari del tutto nuovi.

Considerato, infatti, che, dinanzi alle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, possono residuare unicamente interessi legittimi, attribuire al giudice ordinario un siffatto potere di annullamento degli atti discrezionali significa concedergli la possibilità di erogare tutela giurisdizionale anche in materia di interessi legittimi.

E questa conclusione non può, a mio avviso, essere messa in dubbio sostenendosi che, con il termine "atti" di cui al citato art. 113, comma 3, Cost., si sia fatto esclusivo riferimento agli atti emessi in carenza assoluta di potere, agli atti di natura privata o agli atti paritetici della pubblica amministrazione, ad atti, cioè, che non determinano il fenomeno della degradazione; ed invero - nel consacrare, in via generale, la tutelabilità giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi lesi dall'attività amministrativa -, il costituente ha utilizzato, nel primo comma della medesima norma, lo stesso termine ("atti") anche in correlazione con la figura degli interessi legittimi ("Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa").

Per tutte queste considerazioni e per maggiori approfondimenti, mi permetto, nuovamente, di rinviare a ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 87 ss..

³⁷ Cfr. ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in www.Giustamm.it; GILIBERTI B., *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1673.

³⁸ Cfr. PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2007, 238-239, il quale, correttamente, sottolinea che: 1) "l'atto nullo è idoneo 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

degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo³⁹ (il che non esclude, però, che si producano, in via di fatto, alcuni effetti. Basti pensare alle vicende di carattere sostanziale e processuale che si materializzano nell'evenienza in cui la pubblica amministrazione porti ad esecuzione un atto nullo).

Ad esiti diversi conduce, invece, la ricerca diretta alla individuazione del giudice giurisdizionalmente competente qualora il rapporto amministrato-amministrazione si caratterizzi per la presenza di un interesse (pretensivo) del primo alla emanazione di un atto ampliativo e la pubblica amministrazione emetta un provvedimento di diniego nullo o inesistente (si pensi, ad esempio, alla ipotesi di nullità o inesistenza di un diniego di concessione di un bene demaniale).

In una fattispecie di tal genere, la posizione dedotta in giudizio mantiene certamente la consistenza di interesse legittimo⁴⁰; interesse tutelabile con gli appositi strumenti dinanzi al giudice amministrativo.

A fronte di interessi pretensivi, la nullità, come l'inesistenza, di un diniego di un provvedimento ampliativo lascia, invero, inalterata la

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. E ciò appare logico (e quindi ragionevole in termini costituzionali) in diritto amministrativo, data la rilevanza degli effetti, la natura degli interessi pubblici e le conseguenti esigenze di certezza..."; 2) "il provvedimento nullo è un provvedimento potenzialmente capace di produrre effetti pratici e come tale rischia di essere erroneamente tradotto in realtà materiale, donde l'interesse ad agire per la dichiarazione di nullità".

³⁹ In tal senso, anche, CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – 5. puntata*, in www.Giustamm.it.

⁴⁰ Dello stesso avviso CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, cit., 1812-1813; PONTE D., *Invalità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, Milano, 2006, 132-133; DE FELICE S., *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.Giustamm.it; VARRONE C., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, ibidem.

situazione giuridica soggettiva sottostante⁴¹, non potendosi, a mio avviso, ammettere, in caso appunto di presenza di interessi pretensivi, una mutazione genetica della pretesa causata dal tipo di patologia che inficia l'atto.

Ed allo stesso approdo (e dunque alla affermazione della giurisdizione amministrativa) deve, chiaramente, giungersi ogniqualvolta il provvedimento nullo (o inesistente) sia diretto a regolare rapporti caratterizzati dalla sussistenza di preesistenti interessi legittimi non qualificabili come pretensivi⁴².

Le soluzioni raggiunte ed adottate vanno, però, ulteriormente verificate alla luce della tesi, prospettata da una parte della dottrina, secondo cui l'emanazione di un provvedimento nullo non costituisce espressione di potere autoritativo.

Come già evidenziato, secondo questa corrente di pensiero, in caso di emanazione di provvedimenti nulli, non sarebbe possibile ritenere che la

⁴¹ Cfr. CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, cit., 1812.

⁴² Cfr. PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 240-241, secondo cui: "...se quelli pretensivi appaiono la maggior parte delle situazioni che restano tali (cioè interessi legittimi) anche a fronte di un atto improduttivo di effetti in quanto nullo, gli stessi non coprono tutte le possibili ipotesi; si pensi all'ipotesi...della controversia fra amministrazioni pubbliche per straripamento di potere, nel rapporto fra le quali appare corretto qualificare le rispettive posizioni connesse all'esercizio di potestà e funzioni pubbliche sempre in termini di interessi legittimi".

Inoltre, come sottolineato da VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, 25 ss., le "posizioni legittimanti", in base alle quali si può vantare un interesse legittimo, sono riconducibili non soltanto alla "titolarità di un diritto soggettivo privato o pubblico, compreso dal provvedimento amministrativo", al "dovere dell'amministrazione di provvedere in ordine ad una istanza del privato", alla "destinatarietà di un precedente provvedimento amministrativo", alla "partecipazione ad una gara o ad un concorso indetti da parte dell'amministrazione", ma anche ad un "rapporto di subordinazione speciale nei confronti dell'amministrazione". E proprio con riferimento a quest'ultima posizione (che rileva, ad esempio, nei rapporti di pubblico impiego non privatizzato), possono, a mio avviso, configurarsi interessi legittimi non rientranti nel *genus* di quelli pretensivi.

pubblica amministrazione abbia agito quale “autorità”; per tale ragione, alla luce della interpretazione delle norme costituzionali riguardanti la suddivisione delle competenze giurisdizionali offerta dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 204/2004, andrebbe sempre affermata, in presenza di nullità provvedimentali, la giurisdizione del giudice ordinario.

La tesi, che, sulla base dell'autorevole intervento del Giudice delle leggi, tende a travolgere il tradizionale modello di riparto, non è, a mio avviso, condivisibile.

Sarebbe facile, ma al contempo insufficiente, fondare la critica nei confronti di tale impostazione sulla circostanza, di carattere formale, che le affermazioni della Corte costituzionale - concernenti il rapporto di correlazione intercorrente tra riparto di giurisdizione ed esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di un potere autoritativo - contenute nella sentenza n. 204/2004 erano (e sono) dirette non a delineare un nuovo assetto generale di distribuzione delle competenze giurisdizionali, ma esclusivamente ad individuare i confini della giurisdizione esclusiva amministrativa.

In realtà, le ragioni che non consentono di approvare la predetta ricostruzione vanno ricercate muovendo, in primo luogo, da un dato di carattere sostanziale.

L'interesse legittimo, quale posizione giuridica soggettiva di natura sostanziale, può preesistere alla concreta effusione del potere amministrativo che si manifesta con l'emanazione del provvedimento⁴³.

⁴³ Cfr. BALLORIANI M., *Nullità del provvedimento*, cit., 863-865, secondo cui: “L'interesse legittimo preesiste al provvedimento e si caratterizza per essere una posizione

Ed invero, l'interesse legittimo vive in simbiosi con l'interesse pubblico, il quale, a sua volta, è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento attraverso quelle norme che attribuiscono alla pubblica amministrazione specifici poteri⁴⁴.

giuridica di vantaggio tesa alla conservazione o acquisizione di un bene della vita nell'ambito di un rapporto che coinvolge necessariamente un soggetto pubblico, astrattamente dotato del potere di regolare autoritativamente tale interesse, in qualche modo connesso con quello pubblico demandato alla cura dello stesso soggetto titolare del potere. A liberare la definizione di interesse legittimo da quella di interesse all'impugnazione di un atto autoritativo, del resto, concorrono proprio gli articoli 103 e 113 della Costituzione. L'articolo 103, difatti, attribuisce, inderogabilmente, al giudice amministrativo la tutela dell'interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione, a prescindere dall'esistenza o meno di un atto annullabile da impugnare. Ciò comporta che anche laddove vi sia un rapporto pubblico nell'ambito del quale l'amministrazione-autorità non ha adottato, pur avendone il potere, alcun atto imperativo annullabile e quindi impugnabile, la giurisdizione appartiene necessariamente al giudice amministrativo. Che l'interesse legittimo, quale posizione giuridica correlativa ad una posizione di potere pubblico (benché non provvedimentalmente esplicita), sussista a prescindere dall'adozione di un atto autoritativo, lo si desume anche dall'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/2004, laddove l'articolo 11 della legge 241/1990 – quale ipotesi tipica di rapporto pubblico tra privato ed autorità non definito con un provvedimento ma con una convenzione – è considerato paradigmatico dell'esistenza di situazioni di interesse legittimo... A ben vedere, la Corte Costituzionale da un lato ha modificato la giurisdizione esclusiva, trasformandola da criterio di riparto sostanziale in criterio di riparto solo formale, ma dall'altro ha ampliato il concetto di interesse legittimo, conferendogli la giusta dimensione costituzionale espressa dagli articoli 103 e 24 della Carta fondamentale: c'è interesse legittimo a fronte del potere autoritativo in capo alla pubblica amministrazione, a prescindere dall'adozione di un provvedimento che su di esso incide”.

Osserva VIRGA P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 22: “l'interesse legittimo non sorge solo nel momento patologico della lesione e cioè nel momento in cui il soggetto subisce un torto da parte dell'autorità amministrativa, ma preesiste alla lesione. Ciò è comprovato dal fatto che il titolare dell'interesse legittimo, non solo può esercitare una facoltà di pretesa, ma può anche esercitare una facoltà di disposizione, potendo rinunciare, transigere, prestare acquiescenza”.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 4 marzo 1993, n. 146, secondo cui: «il difficile e delicato problema della individuazione dell'interesse legittimo..., e quindi il problema del riconoscimento in un determinato soggetto della titolarità di un certo interesse legittimo, viene prevalentemente risolto...collegando tale riconoscimento o ad una sottostante posizione legittimante (costituita dalla preesistenza di determinati rapporti giuridici) ovvero...ad una “qualificazione normativa”, ravvisando, cioè, l'interesse legittimo quando (e solo quando) l'ordinamento giuridico conferisce, sia pure implicitamente, una particolare rilevanza e cioè protezione ad un bene della vita (o interesse privato, o “interesse materiale”), dato che l'interesse legittimo si distingue dall'interesse di fatto non solo per

L'interesse legittimo, così come può concretamente realizzarsi attraverso l'intermediazione costituita dal concreto utilizzo del potere⁴⁵, può essere leso dalla effusione o dal mancato esercizio della potestà amministrativa.

Dunque, la configurabilità di tale posizione giuridica non è esclusivamente subordinata al concreto esercizio di un potere amministrativo, ma può essere collegata anche alla astratta possibilità di esercizio di un potere.

Pertanto, ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa, poco importa verificare se l'atto nullo costituisca o meno esercizio di potere⁴⁶.

essere “differenziato”, ma per essere anche “qualificato”»; «Se, in altri termini, l'interesse legittimo è un interesse privato – sostanzialmente identico a quello pubblico direttamente tutelato – incluso (molto spesso implicitamente) nella norma organizzativa insieme con tale interesse pubblico alla cui soddisfazione è rivolto il potere, ed è protetto (quale entità costituzionalmente garantita: artt. 103 e 113 Cost.) al pari dell'interesse pubblico contemplato, l'individuazione dell'interesse legittimo deve essere compiuto esclusivamente alla luce della norma organizzativa o regolativa del potere e delle altre norme che ad essa si collegano...».

⁴⁵ Cfr. CAIANIELLO V., *Manuale*, cit., 264 e 270.

⁴⁶ È, peraltro, mia opinione che la presenza di un vizio di nullità non impedisca di considerare il provvedimento viziato quale espressione di attività amministrativa. La categoria della *nullità*, regolata, sia pur laconicamente, dall'art. 21 *septies*, è, invero, riconducibile al fenomeno della *invalidità provvedimentoale*; fenomeno che può configurarsi sempre che *esista* un atto costituente estrinsecazione di attività amministrativa (per altre considerazioni sul punto, si rinvia al lavoro monografico).

Sul collegamento intercorrente tra provvedimento nullo ed esercizio di attività amministrativa, si veda PONTE D., *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione*, cit., 135, secondo cui, in caso di atto nullo, “si può e si deve ipotizzare”, “in generale ed in astratto”, una “riconducibilità alla pubblica amministrazione intesa come autorità”. Sul punto, cfr., anche, CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2008, 1890, secondo cui: “Nell'ipotesi della nullità...la patologia dell'atto amministrativo è comunque riferibile all'esercizio dell'attività provvedimentoale da parte della pubblica amministrazione”.

Sulla astratta possibilità di rinvenire effusione di potere amministrativo anche a fronte di atti nulli, cfr. MAZZAROLLI L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della L. n. 241 del 1990, introdotto con la L. n. 15 del 2005)*,

Per poter giungere ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, le direttive costituzionali impongono esclusivamente la configurabilità dell'interesse legittimo, sia essa legata ad una concreta effusione di potestà amministrativa o, diversamente, alla astratta possibilità di effusione di potere; il che vale anche al fine di individuare il giudice deputato alla tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nulli.

Chiaro è però, va ribadito, che, qualora la pubblica amministrazione intervenga, in fattispecie popolate da diritti soggettivi, attraverso l'emanazione di provvedimenti nulli, la giurisdizione spetterà al giudice ordinario, non potendo le determinazioni amministrative nulle determinare l'affievolimento dei diritti.

E nemmeno sotto il profilo processuale particolarmente convincente appare la tesi che considera il giudice ordinario come l'unico organo giurisdizionale competente a statuire sulle nullità provvedimentoali.

in Dir. proc. amm., 2006, 562, il quale, con riferimento al fenomeno della nullità per violazione o elusione del giudicato, afferma che: "...la nullità (in senso proprio) si presta pur sempre ad essere ricondotta – quale specie di un genere – all'invalidità di un provvedimento: ed è chiaro che si può parlare di invalidità di un provvedimento solo dove un provvedimento sia previsto; ma la previsione di un provvedimento postula l'esistenza di un potere, di cui esso costituisce esercizio. Atto nullo, ma esistente, e quindi atto che si rifà a un potere pubblico della p.a. è quello che, in ragione della gravità della invalidità di cui è affetto, è sanzionato con la misura della nullità".

In giurisprudenza, cfr. Corte cass., sez. un., 7 dicembre 2004, n. 22890 (ord.), in Foro amm. C.d.S., 2004, 3449 (s. m.). Con tale pronuncia (successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004), la Corte di cassazione - chiamata, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, ad individuare il giudice fornito di *potestas iudicandi* nell'ambito di una controversia riguardante la nullità o meno di un provvedimento reso in materia urbanistica ed edilizia – ha osservato, affermando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che tale provvedimento asseritamente nullo costituisce "espressione dell'esercizio di pubblico potere..., senza che possa rilevare in senso contrario la presunta carenza nel caso specifico di qualsiasi potere autoritativo ovvero la intervenuta sdemanializzazione del bene, trattandosi di circostanze attinenti al merito della controversia, ossia alla fondatezza della domanda, del tutto ininfluenti ai fini della determinazione della giurisdizione".

Ed invero, che tipo di statuizione dovrebbe essere emessa qualora, in un giudizio avente ad oggetto interessi legittimi, venisse chiesto al giudice ordinario di emanare una pronunzia dichiarativa di nullità ed il giudice non rilevasse la presenza, nel provvedimento, di vizi rientranti nelle ipotesi indicate nell'art. 21 *septies*, comma 1? Il giudice civile dovrebbe rigettare nel merito la domanda o dichiarare il difetto di giurisdizione?

Tali interrogativi, forse, non introducono, sotto il profilo sistematico, questioni di particolare rilievo, ma certamente confermano che una generalizzata attribuzione alla giurisdizione ordinaria della tutela nei confronti dei provvedimenti nulli costituisce una forzatura non giustificata da esigenze di natura processuale.

Peraltro, sempre con riferimento a controversie involgenti interessi legittimi, applicando le soluzioni prospettate dalla tesi qui criticata, non potrebbe mai cumularsi, quand'anche fondate su identica *causa petendi*, una domanda di nullità con una domanda subordinata di annullamento del provvedimento.

Le due pretese, infatti, andrebbero sempre azionate, con tutte le relative implicazioni di natura processuale, davanti a giudici appartenenti a plessi giurisdizionali diversi. Risultato, questo, che, anche in considerazione del fatto che, nella materia *de qua*, tra nullità ed annullabilità il confine appare spesso labile, sembrerebbe obiettivamente porsi in contrasto con i principi di ragionevolezza⁴⁷ e di economia processuale.

⁴⁷ Sul principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., cfr., per tutti, ANDOLINA I. – VIGNERA G., *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, 135 ss..

In conclusione, una osservazione relativa alla rilevanza, in ordine all'assetto di distribuzione delle competenze giurisdizionali, del secondo comma dell'art. 21 *septies*.

A mio avviso, proprio questa disposizione, nel configurare una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, conferma indirettamente che il legislatore ha voluto lasciare intatto il modello di riparto.

Essendo stato, infatti, esplicitamente previsto un regime differenziato solo in materia di tutela nei confronti dei provvedimenti emessi in violazione o elusione del giudicato, deve ritenersi che il legislatore abbia, per quanto concerne le altre ipotesi di nullità, ribadito il tradizionale criterio di riparto delle competenze giurisdizionali⁴⁸.

5. Lo strumento utilizzabile nell'ambito della giurisdizione civile per far valere, in via principale, i vizi di nullità provvedimentoale. L'ammissibilità dell'azione di nullità provvedimentoale dinanzi all'autorità giudiziaria

⁴⁸ In giurisprudenza, sul punto, cfr. T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 19 novembre 2008, n. 5456, in Foro amm. TAR, 2008, 2981, secondo cui: l'art. 21 *septies* della L. 241/90, "prevedendo la giurisdizione esclusiva del GA sulle controversie in materia di atti nulli in quanto adottati in violazione o elusione del giudicato, non stabilisce, a contrariis, una sorta di giurisdizione esclusiva del GO sulle controversie afferenti gli atti amministrativi affetti da altre cause di nullità. Invero, salvo diversa disposizione di legge, la giurisdizione in ordine agli atti amministrativi nulli va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza di interesse legittimo o diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata dal soggetto che se ne ritiene leso. Conseguentemente, appartengono al GO le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al GA i casi in cui a fronte dell'atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo. Si potrà discutere su quale sia, in siffatte ipotesi, il tipo di pronuncia che il giudice amministrativo dovrà adottare, ma rimane fermo il fatto che egli debba conoscerne in ossequio ai criteri costituzionali di riparto della giurisdizione".

ordinaria. Le differenze tra la sentenza disapplicativa di un provvedimento nullo e la sentenza dichiarativa della nullità.

Nelle pagine precedenti si è arrivati alla conclusione secondo cui, in materia di tutela nei confronti di provvedimenti amministrativi nulli, la giurisdizione si radica sulla base della natura della posizione giuridica azionata in giudizio.

La ricerca, a questo punto, deve investire un diverso piano della tematica, essendo l'interprete necessariamente obbligato ad interrogarsi in ordine al tipo di strumento processuale utilizzabile, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, al fine di far valere i menzionati vizi di nullità provvedimentoale.

Ad avviso di una parte della dottrina, il giudice civile, in caso di nullità del provvedimento, dovrebbe, in applicazione di quanto disposto dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, limitarsi a disapplicarlo relativamente alla fattispecie dedotta in giudizio⁴⁹.

Secondo questa ricostruzione, se non mi inganno, nella materia *de qua*, non sarebbero, invero, esperibili azioni dichiarative della nullità dell'atto amministrativo e, dunque, non sarebbe ammissibile l'erogazione, da parte del giudice ordinario, di una vera e propria tutela di accertamento.

La tesi muove dalla critica al diffuso convincimento secondo cui l'atto nullo sia privo di effetti.

Ad avviso dell'autore, infatti, in realtà, il provvedimento amministrativo nullo "è produttivo di effetti giuridici apparenti (ovvero i

⁴⁹ Cfr. BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 367 ss..

risultati)»⁵⁰. E tali effetti “necessitano di essere disapplicati ai sensi della legge abolitiva del contenzioso”⁵¹.

Di conseguenza, “il giudice con la disapplicazione fa cadere l’incertezza creata dal risultato del provvedimento nullo, dichiarando che,

⁵⁰ BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 368. A supporto di tale conclusione, l’autore, nella accurata monografia, osserva (pag. 114-118) che: “L’ipotesi da cui prendere le mosse è...quella che la fattispecie nulla è un atto produttivo di risultati e come tale sottoposto alla misura della nullità, con la quale si accerta e si dichiara l’invalidità del risultato voluto e prodotto... A tal fine giova rammentare che il concetto di risultato, così come elaborato da Giannini, non è un effetto pratico *tout court*, ma una conseguenza dell’attività umana oggetto di una valutazione giuridica, con eventuale irrogazione di una misura prevista dall’ordinamento. Il concetto chiave su cui poggia la nozione di risultato è, quindi, la valutazione giuridica cui è sottoposto l’effetto materiale. L’effetto (pratico) assume, quindi, rilievo giuridico (divenendo risultato) una volta che è sottoposto all’attività di verifica e controllo degli organi, all’uopo previsti, dell’ordinamento. In sostanza con tale teorica il momento della giuridicità del fatto è spostato dalla produzione degli effetti giuridici a quello (precedente, da un punto di vista logico) del giudizio compiuto dall’ordinamento: è giuridico l’effetto pratico oggetto di valutazione da parte dell’ordinamento... È, quindi, la volontà degli interessati, il conflitto tra i medesimi, a volere che un determinato effetto pratico assuma una giuridica rilevanza sottoponendolo al controllo delle istituzioni. E la giuridicità della fattispecie nulla deriva proprio dal fatto che gli effetti pratici prodotti nella realtà sociale, ad un certo punto, vengono sottoposti dagli interessati al giudizio dell’ordinamento: la fattispecie nulla ha prodotto una lesione, un pregiudizio pratico (la mancata percezione dello stipendio, l’ablazione del fondo), per cui il soggetto leso chiede «giustizia» all’ordinamento, sottoponendo al giudizio di quest’ultimo i risultati della fattispecie lesiva... La fattispecie nulla è sicuramente rilevante, in quanto sottoposta al giudizio dell’ordinamento...In sede di prima approssimazione, la nullità, pertanto, sembra assumere il ruolo di misura di reazione dell’ordinamento nei confronti del risultato invalido (cioè non conforme al diritto). In altre parole la nullità sembra essere una misura apprestata dall’ordinamento, che non consente al risultato di trasformarsi in effetto giuridico, in quanto il medesimo non è ritenuto dal diritto come compatibile con le proprie regole sulla validità della fattispecie. La nullità...non è, quindi, il mezzo che rende irrilevante il risultato: di converso, la nullità è la misura apprestata dall’ordinamento che impedisce alla fattispecie nulla e rilevante (essendo produttiva di risultati) di generare effetti giuridici. Insomma: la nullità non espunge il risultato dall’ordinamento, poiché, invece, cattura il risultato, rendendolo oggetto di un giudizio giuridico, per poi, infine, stringerlo e chiuderlo tra il mondo della rilevanza e quello della validità, dichiarandolo e rendendolo invalido (non conferendogli la dignità di effetto giuridico)”.

⁵¹ BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 368.

per il caso dedotto, il medesimo risultato non ha la forza dell'effetto giuridico"⁵².

In quest'ottica, secondo tale ricostruzione, va allora condiviso l'orientamento giurisprudenziale che ritiene disapplicabile l'atto viziato da nullità; così opinando, invero, la giurisprudenza "presta formale ossequio alla legge del 1865, che, per l'appunto, vieta di applicare gli atti amministrativi non conformi all'ordinamento"^{53 54}.

Ed invero, si osserva, proprio "ai sensi della legge del 1865, il giudice ordinario deve disapplicare l'atto nullo (od in genere invalido),

⁵² BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 368.

⁵³ BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 368.

⁵⁴ A dire il vero, non sempre la giurisprudenza di legittimità sembra cogliere le differenze che intercorrono tra disapplicazione e declaratoria di nullità. Si veda, ad esempio, Corte cass., sez. un., 21 luglio 1998, n. 7132, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1563, che accomuna le due ipotesi.

Di disapplicazione di atto nullo parla, un po' più nitidamente, Corte cass., sez. II, 22 novembre 1990, n. 11265, in *Foro it.*, 1990, I, 3396.

Per una chiara ipotesi di disapplicazione (incidentale) di un atto nullo, cfr., per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, Pretura Linguaglossa, 23 ottobre 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 334, con nota di MELI V., *Remuneratività dei prezzi amministrati e libertà d'iniziativa economica privata* [La vicenda processuale è così riassumibile: la parte attrice citava in giudizio un acquedotto con cui aveva stipulato un contratto di fornitura d'acqua, lamentando che la società fornitrice aveva, nel corso degli anni, arbitrariamente aumentato il canone annuo originario sulla base di provvedimenti, con cui si stabilivano nuove tariffe idriche, illegittimamente emessi dall'Ufficio del Genio civile. Per tale ragione, la parte attrice chiedeva il rimborso delle somme indebitamente pagate. Il giudice - ritenuti nulli per incompetenza assoluta i provvedimenti dell'Ufficio del Genio civile, in quanto sussistente, in tema di determinazione dei prezzi per forniture idriche, la competenza esclusiva del Comitato provinciale prezzi, e dichiarato, altresì, illegittimo il provvedimento di ratifica, emesso da tale Comitato, delle tariffe disposte dal Genio civile (ad avviso del pretore, infatti, "la ratifica è un provvedimento amministrativo che consiste nell'approvazione dell'atto emesso dall'organo incompetente da parte dell'autorità che sarebbe stata competente; essa, però, trova applicazione solo nei confronti degli atti viziati da incompetenza relativa, dato che la incompetenza assoluta comporta non già la semplice annullabilità dell'atto, bensì la nullità, per la quale non è ammissibile la convalescenza") - disapplicava tutti i predetti atti ed accoglieva la domanda].

essendo sottoposto al divieto di revoca e modifica del medesimo provvedimento”⁵⁵.

Dunque, ricapitolando, in questa prospettiva, la strada che conduce alla disapplicazione costituirebbe un percorso obbligato anche per chi volesse censurare, in via principale, la nullità di un provvedimento asseritamente lesivo.

La tesi, però, non appare, a mio avviso, condivisibile, non sussistendo, nella materia *de qua*, ragioni che impediscano la possibilità di proporre vere e proprie azioni di accertamento delle nullità provvedimentali⁵⁶ e che giustifichino l'utilizzo dello strumento della disapplicazione.

⁵⁵ BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 369.

⁵⁶ Trattasi di azioni inquadrabili all'interno della categoria delle azioni di accertamento (sul tema, cfr., in dottrina, BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 304 ss.).

Il provvedimento amministrativo nullo è, infatti, improduttivo di effetti giuridici, e dunque inidoneo a causare una modificazione della sfera giuridica del destinatario (salvi, ovviamente, i casi in cui sia lo stesso ordinamento a permettere che l'atto nullo produca alcuni effetti: si pensi, ad esempio, a quanto stabilito dall'art. 52, comma 5, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui: “Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave”).

Tale conclusione implica, conseguentemente, che l'attività del giudice diretta a verificare la presenza, nel provvedimento, di vizi di nullità abbia natura meramente dichiarativa.

Ed invero, il giudice, accertando la nullità, si limita a rilevare che la situazione giuridica in esame non ha subito alcuna alterazione. Il giudice, certificando la grave difformità dell'atto dal paradigma legale di riferimento, elimina, cioè, ogni incertezza in ordine all'assetto di interessi dedotto in giudizio, escludendo che il rapporto intercorrente tra amministrato ed amministrazione abbia subito alcuna mutazione.

Con riferimento alle azioni di nullità contrattuali e negoziali, una posizione diversa è assunta, come è noto, da PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, 665-666, secondo cui: “Le azioni di nullità di atti giuridici (del matrimonio *ex art.* 117 ss., del testamento *ex art.* 606, comma 1° e 626, e del contratto *ex art.* 1418) sono tradizionalmente considerate – in contrapposizione alle azioni di annullamento *ex art.* 1441 – azioni di mero accertamento... Se è certamente indubbio che il nostro diritto positivo tratta la nullità in modo diverso dalla annullabilità, non mi sembra

In questa sede, non potrà, per ovvie ragioni di contenimento dell'indagine, affrontarsi l'annosa e complessa questione riguardante la delimitazione dell'ambito di operatività dell'istituto della disapplicazione nelle fattispecie connotate dalla presenza di provvedimenti *illegittimi ma efficaci*⁵⁷; come già sottolineato nelle pagine introduttive, ci si dovrà,

però corretto considerare l'azione di nullità come una azione di mero accertamento: se è vero che il contratto (e in genere l'atto) nullo non produce gli effetti del contratto valido e neanche gli effetti del contratto meramente annullabile, è pur vero infatti che il nostro diritto positivo riconosce all'atto nullo l'idoneità a produrre una certa quantità di effetti (si pensi con riferimento al matrimonio a quanto disposto dall'art. 128, con riferimento al testamento e alla donazione a quanto disposto dagli artt. 590 e 799, con riferimento al contratto a quanto disposto dagli artt. 2126, 2332, e 2652 n. 6); anche il contratto (o l'atto) nullo si presenta come idoneo a produrre una serie di effetti, anche se si tratta di effetti quantitativamente minori e comunque spesso diversi da quelli del contratto (o atto) valido o annullabile: perché il contratto (o l'atto) nullo sia privato di questa efficacia (limitata ma pur sempre esistente) è necessario che intervenga una dichiarazione giudiziale di nullità... L'azione di nullità – se considerata alla luce della disciplina del diritto vigente – non può pertanto essere considerata una azione di mero accertamento: in quanto strumento indispensabile per privare il contratto (o atto) nullo di quegli effetti (limitati ma pur sempre esistenti) che il nostro ordinamento gli conferisce, sembra sistematicamente più corretto inquadrarla nell'ambito delle azioni costitutive”.

Sui profili processuali delle invalidità negoziali, cfr., inoltre, PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.

In generale, sulle azioni di accertamento, cfr., inoltre, per tutti, CHIOVENDA G., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 181 ss., e LANFRANCHI L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969.

⁵⁷ Su tale ambito, cfr., tra altri, MENCHINI S., *La tutela*, cit., 4908 ss.; VERDE G., *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela (Art. 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)*, in Riv. dir. proc., 1984, 42 ss.; ROMANO A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in Dir. proc. amm., 1983, 22 ss.; COLESANTI V., *Sulla «disapplicazione» del decreto di liquidazione coatta amministrativa* (nota a Corte App. Milano, sez. III, 9 luglio 1964), in Riv. dir. proc., 1964, 641 ss.; VILLATA R., *«Disapplicazione», dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; VERRIENTI L., *sub art. 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 90 ss.; MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, 183 ss.; MONTESANO L., *Processo civile e pubblica amministrazione*, Morano editore, 1960, 43 ss.; CASSARINO S., *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1985, 864 ss.; CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; GOTTI P., *Considerazioni su recenti orientamenti giurisprudenziali in tema*

infatti, limitare, alla luce dello specifico oggetto che caratterizza la presente ricerca, ad individuare i modelli processuali delineabili in presenza di atti *nulli* e, dunque, *inefficaci*.

Occorrerà, allora, concentrare l'attenzione su quella prospettata forma di disapplicazione che, secondo la tesi riportata nelle pagine precedenti, potrebbe, in caso di *nullità*, investire, direttamente, l'atto oggetto principale del giudizio.

Dunque, si analizzerà non una forma di disapplicazione (incidentale) interveniente allorquando, “nella catena delle questioni”⁵⁸ da risolvere per definire una lite, vi sia anche la questione di nullità di un atto amministrativo non costituente l'oggetto principale del processo, ma un tipo di disapplicazione (in via principale) riguardante proprio il provvedimento (nullo) direttamente lesivo del diritto soggettivo azionato in giudizio⁵⁹.

di sindacato giudiziario di legittimità sugli atti amministrativi, in Foro amm., 1981, I, 200 ss..

Sulla natura del fenomeno della disapplicazione, cfr., inoltre, FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 146 ss., e FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova, 1953, 183.

⁵⁸ Il virgolettato appartiene a NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 196.

⁵⁹ Per ipotesi di disapplicazione principale, cfr., in giurisprudenza, tra altre, Corte cass., sez. un., 10 aprile 1990, n. 3019, in Mass. Giur. it., 1990, 437 [secondo cui: “Il rapporto tra il medico convenzionato e l'unità sanitaria locale, contemplato dall'art. 48 L. 23 dicembre 1978, n. 833 e disciplinato dagli accordi collettivi nazionali stipulati in applicazione della norma medesima, integra...un rapporto di prestazione d'opera professionale da cui conseguono posizioni di diritto soggettivo, che non possono essere affievolite per determinazione unilaterale della amministrazione. Ne consegue che la domanda proposta dal medico convenzionato per denunciare l'illegittimità di atti e provvedimenti, che non attengono alle condizioni generali di quel regime di convenzione, ma incidano direttamente sulle anzidette posizioni di diritto soggettivo, rientrano nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, cui compete l'eventuale disapplicazione degli atti denunciati a tutela di diritti fatti valere in giudizio (art. 5 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E)"] e Corte cass., sez. un., 11 marzo 1992, n. 2956, in Mass. Giur. it., 1992, 254 (la vicenda riguardava una domanda di annullamento, presentata dinanzi al giudice amministrativo, di una ordinanza, emessa dalla Capitaneria di Porto del Compartimento marittimo di Mazara del Vallo, “di

Prima, però, è necessario esplorare il (collegato) tema relativo alla proponibilità delle azioni di nullità provvedimento.

Ebbene, può, sul punto, osservarsi che l'affermazione dell'ammissibilità di tali azioni si giustifica, innanzitutto, alla luce di una interpretazione letterale dell'art. 4 della legge n. 2248/1865, All. E; norma, questa, che, in ossequio ad una visione ottocentesca del principio di separazione dei poteri, vieta al giudice ordinario di revocare o modificare atti amministrativi.

Il divieto non è, invero, riferito ad ogni forma di tutela erogabile dal giudice civile, ma esplicitamente investe solo una certa tipologia di pronunzie costitutive (comprese, ovviamente, quelle di annullamento dell'atto)⁶⁰.

demolizione di parte della recinzione di un fondo come asserito appartenente al demanio marittimo ed abusivamente occupato ed innovato” dal ricorrente. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia dichiarava il proprio difetto di giurisdizione. Avverso tale pronunzia veniva proposto ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.; ricorso rigettato dalle Sezioni Unite sulla base della seguente considerazione: “deve ritenersi che, in quanto l'atto di delimitazione previsto dall'art. 32 cod. nav. si pone in funzione di mero accertamento in sede amministrativa dei confini del demanio marittimo rispetto alle proprietà private, con esclusione quindi di ogni potere discrezionale della P.A., permanendo la posizione giuridica del proprietario in termini di diritto soggettivo, la relativa tutela per contestazione dell'accertata demanialità del bene è conseguibile esclusivamente dinanzi all'A.G.O. che provvederà alla disapplicazione dell'atto lesivo come illegittimo”). Cfr., inoltre, le pronunzie citate da CASSARINO S., *Problemi della disapplicazione*, cit., 870, nota 12.

Contraria alla possibilità di una disapplicazione in via principale è, invece, Corte cass., sez. un., 6 marzo 1996, n. 1752, in Foro it., 1996, I, 2095, secondo cui: “Il potere di disapplicazione da parte dell'A.G.O....deve ritenersi limitato alle ipotesi in cui la controversia non abbia ad oggetto la lesione diretta del diritto ad opera del provvedimento, ma alle situazioni in cui la legittimità del provvedimento sia questione rilevante, ma incidentale rispetto alla lesione del diritto”.

⁶⁰ Peraltro, come già sottolineato in precedenza, il legislatore, ai sensi dell'art. 113, comma 3, Cost., può certamente derogare a tale disposizione ed attribuire alla autorità giudiziaria civile il potere di annullare provvedimenti amministrativi vincolati o discrezionali (attribuzione già compiuta in alcuni specifici settori).

Nel corso degli anni, come è noto, il campo di applicazione della norma è stato, però, via via esteso dalla giurisprudenza in una non condivisibile ottica di tutela della posizione della pubblica amministrazione, così passandosi dal previsto divieto (*ex art. 4*) di emanazione di pronunzie costitutive incidenti su atti amministrativi autoritativi ad un (non giustificabile) divieto generalizzato di adozione di qualsivoglia statuizione che potesse interferire con qualunque genere di attività della pubblica amministrazione⁶¹.

Negli ultimi tempi, il rigoroso indirizzo è stato superato (anche se non demolito integralmente, essendo ancora oggi possibile registrare incomprensibili manifestazioni di timidezza nei confronti delle autorità amministrative in campi non caratterizzati dalla presenza di atti costituenti estrinsecazione dell'esercizio di potestà autoritative) dal giudice ordinario, sempre più consapevole della necessità di una lettura delle norme contenute nella legge abolitiva del contenzioso alla luce del quadro di garanzie delineato negli articoli 24 e 113 Cost..

Analizzando quelli che appaiono i risultati di questa (fin troppo) lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale, può, oggi, osservarsi che il divieto di cui all'art. 4 è stato circoscritto (oltre che alle statuizioni di revoca o modifica esplicitamente menzionate) ai provvedimenti di carattere costitutivo (anche con effetto caducatorio) rivolti verso l'attività provvedimentale ed a quelle pronunzie di condanna incidenti sulle potestà autoritative della pubblica amministrazione⁶².

⁶¹ Cfr., sul punto, MENCHINI S., *La tutela*, cit., 4894 ss..

⁶² Osserva MENCHINI S., *La tutela*, cit.: "l'art. 4, l. n. 2248/1865, avendo lo scopo di impedire che il giudice usurpi una potestà pubblica, riservata all'autorità che di essa è titolare, può trovare applicazione esclusivamente quando la norma sostanziale individui un

Tornando allo specifico oggetto dell'indagine, può, allora, dirsi che il modello delineato nel 1865 non impedisce, in alcun modo, l'ingresso, nel sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, delle azioni di accertamento di nullità provvedimenti^{63 64}.

potere di imperio (in senso proprio) e l'amministrazione lo eserciti mediante il ricorso al procedimento e all'atto prestabiliti dal legislatore" (pag. 4900); "l'art. 4 della legge abrogatrice entra in campo soltanto quando si sia in presenza di una vera e propria potestà pubblica e di un atto che costituisca formale esercizio di essa, i cui effetti incidano in modo diretto sull'esistenza e sul contenuto del diritto soggettivo dedotto in giudizio; in tali ipotesi, la norma citata impedisce, almeno di regola, al giudice non soltanto di «caducare» il provvedimento, ma pure di rimuoverne o di sospenderne gli effetti (e, a maggior ragione, di sostituirsi con proprie determinazioni alla pubblica autorità nell'attuazione della funzione ad essa riservata). Ne consegue che è fatto divieto al magistrato ordinario: 1) di eliminare (in tutto o in parte) l'atto amministrativo, che del potere pubblico costituisca formale manifestazione; 2) di surrogare l'amministrazione nella emanazione o nella modificazione dell'atto ovvero di condannarla ad emanarlo, dovendosi invece limitare a dichiararne l'illegittimità e a non tenerne conto riguardo alla situazione sostanziale controversa; 3) di emettere sentenze costitutive contro le autorità, le quali siano dirette vuoi alla rimozione o alla sostituzione dell'atto, vuoi alla surrogazione dell'amministrazione rimasta inerte; 4) di pronunciare sentenze di condanna che obblighino l'autorità pubblica a prestazioni di fare (o di non fare), a sopportare, a dare beni determinati, ogni volta che la sanzione con tali provvedimenti comminata si risolva nella sostituzione del giudice all'amministrazione nello svolgimento della funzione pubblica" (pag. 4904).

⁶³ Cfr. CAMMEO F., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in Giur. it., 1905, IV, 85-86, che osserva: "Quando l'atto sia nullo *ipso iure*, il che...accade di rado e per vizi che implicano l'inesistenza della volontà amministrativa, l'azione secondo i principii generali...può essere soltanto dichiarativa. È notevole a mio avviso che nelle azioni di nullità le sentenze dichiarative, ancorchè l'amministrazione sia convenuta, sono produttive di quegli effetti giuridici ideali, che esse accertano, accertando la nullità. Quindi se vi fosse nullità assoluta (p. es., per difetto di decreto) di una procedura di espropriazione non portata a compimento, la sentenza dichiarando la lesione del diritto riconoscerebbe anche la pertinenza della proprietà del fondo all'attore. E ciò perché la dichiarazione di volontà dell'amministrazione è inesistente e non cade sotto le sanzioni dell'art. 4, il quale ha la sua ragione d'essere soltanto nel rispetto ad una effettiva dichiarazione di volontà dello Stato, ancorchè eventualmente viziata ed annullabile".

In generale, sull'ammissibilità della tutela dichiarativa nei confronti della pubblica amministrazione, si veda CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, 121, secondo cui: "L'ammissibilità delle sentenze e delle azioni dichiarative deriva dai principi comuni e non incontra alcun ostacolo nella legge sul contenzioso. Vi trova, anzi, un fondamento specifico nel caso che l'atto amministrativo lede un diritto del cittadino e questi vuole far accertare l'avvenuta lesione, per chiedere, successivamente, che l'autorità amministrativa si conformi al giudicato dei tribunali ordinari, secondo che dispone l'art. 4, sec. co., la cui più ristretta ipotesi, quindi,

Del resto, alla luce di quale principio, il sistema avrebbe dovuto (ieri) e dovrebbe (oggi) vietare l'esperibilità, davanti al giudice civile, di azioni di nullità nei confronti delle autorità amministrative?

Un siffatto divieto non avrebbe trovato e non troverebbe una valida giustificazione neanche allargando in maniera estrema i confini che delimitano il raggio di operatività del principio di separazione dei poteri, considerato, invero, che, attraverso l'erogazione di una tutela dichiarativa, "il Giudice non si sovrappone all'Amministrazione, ma accerta e dichiara l'esistenza e il modo di essere di un rapporto giuridico o di una situazione

non può essere che quella della sentenza dichiarativa, che, come è noto, rappresenta il minimo comun denominatore delle sentenze di condanna e di quelle costitutive. L'ammettere, in virtù dei principi comuni, le sentenze dichiarative contro la pubblica amministrazione induce a ritenere che esse non siano limitate soltanto all'accertamento di avvenute lesioni, ma possano anche essere esperite, secondo la propria intrinseca natura, per risolvere lo stato di incertezza obiettiva circa la esistenza di un diritto, di una pretesa, di uno stato, di un rapporto giuridico etc., senza che ancora si sia verificata una effettiva lesione".

⁶⁴ Diametralmente opposta la posizione assunta da Corte cass., sez. un., 2 febbraio 1963, n. 179, in Giust. civ., 1963, I, 1635. Nella fattispecie, la parte attrice chiedeva, in via principale, al giudice ordinario la declaratoria di nullità (o la disapplicazione) di un decreto di espropriazione e, conseguentemente, la restituzione dell'immobile espropriato. Chiamata in sede di impugnazione avverso la sentenza emessa dalla Corte d'appello, la Corte di cassazione affermava che: "...è fuor di dubbio che la detta domanda, avuto riguardo al *petitum*, trascende senz'altro i limiti tassativamente segnati dall'art. 4 della citata l. 20 marzo 1865, all. E, alla giurisdizione della autorità giudiziaria ordinaria, giacchè mira ad ottenere una pronunzia che...implicherebbe non già la mera «disapplicazione» dell'atto amministrativo di espropriazione, bensì l'annullamento dell'atto stesso. Invero, è ormai *ius receptum* che ricorre l'ipotesi dell'annullamento dell'atto amministrativo, anziché quella della disapplicazione, ed è quindi operante il divieto di revocare o modificare l'atto sancito dal citato art. 4, ogni qualvolta si domandi al giudice una statuizione la cui portata sia tale da rimuovere o comunque neutralizzare le situazioni e gli effetti giuridici che l'atto impugnato era direttamente ed immediatamente destinato a produrre. Ed è ovvio che la domanda rivolta ad ottenere che sia dichiarata la nullità del decreto di espropriazione e sia ordinata la restituzione dell'immobile espropriato ha appunto per obbiettivo una statuizione siffatta, giacchè...postula l'accertamento della inesistenza o invalidità del trasferimento coattivo del bene, e mira per di più a far cessare tutti gli effetti dell'atto, tra cui quello dello spossessamento del proprietario espropriato e quello della concreta destinazione del bene alla realizzazione dei fini di pubblica utilità per i quali fu disposta l'espropriazione".

giuridica soggettiva”⁶⁵, limitandosi (il giudice) “a stabilire quale sia, nella fattispecie sottoposta al suo esame, la volontà della legge”^{66 67}; un divieto, peraltro, che, dopo l’entrata in vigore della Carta fondamentale, costituirebbe una menomazione del diritto di azione garantito, anche nei confronti della pubblica amministrazione, dagli articoli 24 e 113, comma 1 e 2, della Costituzione.

E ragioni ostative alla possibilità di erogazione, nella materia di cui trattasi, di una tutela di accertamento non possono rinvenirsi nella mancata codificazione, da parte del legislatore, dell’azione di nullità provvedimento.

Come è noto, invero, nel nostro sistema, la possibilità di accedere a forme di tutela dichiarativa non è, in alcun modo, subordinata all’intervento autorizzativo del legislatore [a differenza di quanto previsto, invece, per la tutela costitutiva (art. 2908 c.c.)].

Due tesi, allora.

Una, quella appena prospettata, che afferma l’esperibilità, davanti al giudice ordinario, di azioni di accertamento delle nullità provvedimenti;

⁶⁵ Il virgolettato appartiene ad ALBINI A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, 52.

Sulla tutela dichiarativa, dinanzi al giudice ordinario, nei confronti della pubblica amministrazione, cfr., inoltre, ANNUNZIATA M., *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli, 1970, 47 ss..

In giurisprudenza, sull’ammissibilità della predetta tutela, cfr. già Trib. Bologna, 14 giugno 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, 609 (emessa in materia espropriativa), con nota di ALBINI A., *Un’interessante azione di mero accertamento contro la pubblica Amministrazione, in materia di riforma fondiaria*.

⁶⁶ ALBINI A., *Le sentenze*, cit., 52, nota n. 15.

⁶⁷ Diversa la ricostruzione di SATTA F., *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 605, secondo cui “le sentenze dichiarative sono, come le sentenze di condanna, idonee a penetrare nella sfera di «libertà» dell’amministrazione, per la semplice ragione che esse accertano un rapporto contenzioso tra il privato e la pubblica amministrazione, in cui dichiarare la soccombenza di quest’ultima equivale a disattenderne la volontà, manifestata con un atto o provvedimento”.

l'altra che, invece, esclude tale possibilità, ammettendo l'utilizzabilità solo dello strumento della disapplicazione.

A prima vista, il dilemma relativo alla scelta tra le due ricostruzioni potrebbe sembrare la porta d'ingresso per una mera disquisizione teorica.

In realtà, però, la problematica presenta dei risvolti pratici di non poco momento; risvolti che emergono nitidamente allorquando si enucleano le conseguenze di carattere sostanziale e processuale (incidenti sul tasso di effettività e funzionalità del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione) che discendono dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi.

Come si vedrà, si tratta, invero, di optare tra due tipi di pronunzie (disapplicativa, l'una, di accertamento, l'altra) ad impatto (sotto alcuni profili) disuguale.

Al riguardo, può, allora, subito osservarsi che la sentenza dichiarativa della nullità del provvedimento è, di per sé, idonea ad eliminare ogni stato di incertezza in ordine alla situazione giuridica oggetto dell'intervento della pubblica amministrazione.

Si vuole, cioè, dire che, attraverso l'accertamento e la dichiarazione, da parte del giudice, della nullità del provvedimento, l'ordinamento riconosce formalmente che il provvedimento non ha prodotto e non può produrre, in quanto gravemente viziato, effetti giuridici; riconoscimento che, dunque, determina il venir meno anche dell'apparenza del provvedimento.

Conseguentemente, l'atto, riconosciuto come improduttivo di effetti nel mondo giuridico, non potrà costituire il presupposto di successive attività amministrative; non potrà, cioè, essere posto dalla pubblica

amministrazione a fondamento di propri successivi comportamenti e/o provvedimenti⁶⁸.

La sentenza dichiarativa riesce, così, a fornire una tutela pienamente efficace.

Ma vi è di più.

L'erogazione di una vera e propria tutela di accertamento consente di ottenere, sia pur in via provvisoria, il bene della vita richiesto in tempi relativamente rapidi.

Ed invero, come si evidenzierà nel paragrafo successivo, il venir meno dell'apparenza del provvedimento è, a mio avviso, un risultato provvisoriamente ed immediatamente conseguibile già con l'emanazione della sentenza di primo grado.

È, cioè, mia opinione che la produzione degli effetti della sentenza di accertamento della nullità del provvedimento non sia ancorata alla formazione del giudicato formale.

Diverse, per contro, le implicazioni scaturenti dall'accettazione della tesi che nega, in presenza di vizi di nullità provvedimentoale, la possibilità, per il giudice ordinario, di pronunciare sentenze di accertamento, attribuendo ad esso un mero potere di disapplicazione.

Ebbene, se, come si è osservato, la sentenza dichiarativa della nullità è idonea a garantire una immediata e piena realizzazione della pretesa azionata in giudizio, lo stesso non si può, invece, dire con riferimento alla statuizione disapplicativa.

⁶⁸ Chiaramente, in caso di compimento, da parte della pubblica amministrazione, di atti che costituiscano violazione o elusione del giudicato di accertamento formatosi sulla pronuncia del giudice ordinario, risulterà esperibile lo strumento del giudizio di ottemperanza.

A differenza della pronunzia di accertamento che, ancor prima della formazione del giudicato, certifica, ad ogni effetto, l'inefficacia del provvedimento nullo, "cancellando" (provvisoriamente) anche l'apparenza dello stesso, la statuizione che si limita a disapplicare l'atto amministrativo non elimina, invece, il rischio che la pubblica amministrazione svolga successivamente una ulteriore attività fondata sul presupposto della giuridica esistenza dello stesso⁶⁹.

Come si specificherà successivamente, la disapplicazione non determina, infatti, l'automatico venir meno dell'atto, ma investe, limitatamente al giudizio in corso, soltanto gli effetti dello stesso.

Il che significa che, se il giudice, nel caso in cui sia proprio la questione di nullità del provvedimento lesivo a costituire l'oggetto principale del giudizio, opta per l'utilizzo dello strumento della disapplicazione, dovrà, poi, essere l'autorità amministrativa, alla luce di detta statuizione disapplicativa e dell'obbligo conformativo che ne discende, a rimuovere l'atto viziato; e che, solo dopo la formazione del giudicato civile, in caso di inadempimento dell'obbligo scaturente dallo stesso, potrà essere attivato un giudizio di ottemperanza volto (anche) alla formale eliminazione del provvedimento nullo⁷⁰.

Il cerchio, a questo punto, si chiude.

⁶⁹ "Il potere di disapplicazione di un atto...investe i suoi effetti, non toccando la sua esistenza formale". Così, ROMANO A., *La disapplicazione*, cit., 54.

⁷⁰ Cfr., sul tema, MENCHINI S., *La tutela*, cit., 4916 ss.. Osserva, tra l'altro, l'autore: "il giudizio di ottemperanza...ha la funzione, anzi nasce con il precipuo scopo, di assicurare la rimozione dell'atto che il giudice ordinario ha dichiarato, con efficacia di giudicato, illegittimo, senza potere peraltro annullarlo con pronuncia costitutiva, a causa dei divieti posti dall'art. 4, co. 2" (pag. 4917).

Il giudicato, nel caso in esame di disapplicazione principale, copre, infatti, anche l'“accertamento” della nullità contenuto proprio nella statuizione disapplicativa, in tal modo permettendo al sistema di fornire in modo completo, attraverso il giudizio di ottemperanza governato dal giudice amministrativo, la tutela richiesta.

Come è facile notare, però, i tempi necessari per il completamento di tale *iter* processuale e, conseguentemente, per il conseguimento del bene della vita rivendicato rischiano di essere drammaticamente lunghi. Ragione ulteriore, questa, per preferire, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, la tesi che ammette, in materia, la possibilità di richiedere e di erogare una tutela che si estrinsechi attraverso l'emanazione di vere e proprie sentenze dichiarative di nullità provvedimentali.

6. Segue: l'“esecutività” della sentenza dichiarativa della nullità provvedimentale.

Come anticipato nel paragrafo precedente, può, a mio avviso, sostenersi che l'efficacia della sentenza di accertamento della nullità del provvedimento non sia legata alla formazione del giudicato formale.

La soluzione, a dire il vero, non è, però, scevra da dubbi.

In materia, l'unico dato certo è, infatti, la mancanza di una disciplina regolatrice: così come non è rinvenibile alcuna disposizione che subordini l'efficacia della sentenza dichiarativa della nullità del provvedimento resa dal giudice ordinario al passaggio in giudicato, non è, altresì, rinvenibile alcuna norma che preveda espressamente l'esecutività (nel senso,

ovviamente, di idoneità alla produzione di effetti) di detta sentenza sin dal momento della sua pronunzia in primo grado.

Per poter approdare alla soluzione che afferma l'immediata esecutività della pronunzia di primo grado, occorre, innanzitutto, evitare di enfatizzare il fatto che le sentenze civili risultano coattivamente eseguibili, attraverso il giudizio di ottemperanza, solo dopo il loro passaggio in giudicato.

Che l'attivazione del giudizio di ottemperanza sia subordinata alla formazione del giudicato non significa, invero, che, prima di quel momento, la sentenza non possa esplicare effetti.

Non bisogna, cioè, confondere il tema riguardante l'efficacia della pronunzia giudiziale con quello relativo al catalogo degli strumenti attuativi della stessa (una sentenza civile di condanna, emessa nei confronti della pubblica amministrazione, non ancora passata in giudicato sarà certamente efficace, ma non potrà essere coattivamente eseguita attraverso il giudizio di ottemperanza fino a quando non si formerà il giudicato; prima di tale momento, la parte vittoriosa potrà, però, fruire dei mezzi esecutivi disciplinati dal codice di procedura civile).

In secondo luogo, nello specifico campo di indagine delineato in questa sede, non ci si deve limitare a richiamare dogmaticamente i noti e rigorosi risultati ermeneutici attinti, con riferimento agli artt. 2909 c.c. e 282 c.p.c., dalla prevalente giurisprudenza in ordine al tema, chiaramente di più ampio respiro, riguardante l'efficacia delle pronunzie di

accertamento rese in giudizi tra privati o in giudizi, con parte pubblica, aventi ad oggetto rapporti di diritto privato⁷¹.

⁷¹ Cfr. Corte cass., sez. II, 26 marzo 2009, n. 7369, che afferma: "...l'art. 282 cod. proc. civ. prevede che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva fra le parti: in considerazione della stessa formulazione della norma che fa riferimento all'esecuzione, deve escludersi che, al di fuori delle statuizioni di condanna consequenziali, le sentenze di accertamento (e quelle costitutive) possano avere efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato, essendo l'esecuzione riferibile soltanto a quelle sentenze (di condanna) suscettibili del procedimento disciplinato dal terzo libro del codice di procedura civile. Tale interpretazione trova ulteriore conferma: a) nell'art. 283 cod. proc. civ., che, prevedendo espressamente la possibilità di sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, necessariamente intende fare riferimento alle sentenze di condanna; b) nelle disposizioni di cui agli artt. 431 e 447 bis cod. proc. civ., che fanno riferimento alle sole ipotesi di condanna; c) nella regola generale dell'immutabilità dell'accertamento sancita dall'art. 2909 cod. civ., atteso che, in mancanza di una espressa previsione legislativa in senso contrario, tale norma non consente di attribuire efficacia a un accertamento che non sia ancora definitivo". Si veda anche Corte cass., sez. II, 12 luglio 2000, n. 9236, in Corr. giur., 2000, 1599, con nota di CONSOLO C., *Una non condivisibile conseguenza (la non esecutorietà del capo sulle spese) di una premessa fondata (la non esecutorietà delle statuizioni di accertamento)*, ed in Foro it., 2001, I, 159, con nota di SCARSELLI G., *La provvisoria esecuzione della condanna alle spese del giudizio (ovvero, la parte che ha ragione non recupera le spese fino al passaggio in giudicato della sentenza?)*. Osserva il collegio: "...affinchè vi sia una anticipazione della efficacia di accertamento e/o costitutiva della sentenza rispetto al momento della formazione del giudicato formale è necessario che vi sia una specifica previsione normativa (come, ad esempio, quella dell'art. 421 c.c.), la quale, invece, nel testo novellato dell'art. 282 c.p.c., al pari di quello precedente, manca del tutto... Inoltre confermano la soluzione proposta precisi riscontri testuali: infatti, gli artt. 431 e 447 bis c.p.c. si riferiscono univocamente alla sola ipotesi di sentenza di condanna, e l'art. 283 c.p.c., dettato per regolare la sospensione dell'esecuzione provvisoria generalizzata sancita appunto dall'art. 282 c.p.c., prevede che l'inibitoria attenga proprio (e solo) alla «efficacia esecutiva» della sentenza di primo grado".

Ammettono, invece, l'immediata esecutività della sentenza dichiarativa di primo grado Trib. Catania, sez. III, ord. 19 giugno 2003, e Trib. Catania, sez. IV, ord. 11 luglio 2003, in www.judicium.it, con osservazioni di SANTANGELI F., *Sentenze costitutive di primo grado e provvisoria esecutorietà nella giurisprudenza di merito*. Nello stesso senso, Pret. Napoli 22 dicembre 1995, in Riv. crit. dir. lav., 1996, 847, con nota di MANNA F., *Provvisoria esecutorietà e sentenze di accertamento alla luce del nuovo testo dell'art. 282 c.p.c.*

Anche in dottrina, con riferimento sia al vecchio che al nuovo testo dell'art. 282 c.p.c., si è giunti a soluzioni diverse. In ordine cronologico, cfr., per tutti, D'ONOFRIO P., *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1957, 472 ("La clausola di esecuzione provvisoria può essere apposta ad ogni sentenza, qualunque ne sia la natura"; "le sentenze di mero accertamento non danno luogo ad esecuzione vera e propria, ma possono produrre determinati effetti che la legge non esclude si verificano immediatamente"; "non è vero che la certezza giuridica, per dar luogo ad esecuzione, debba essere definitiva; infatti ogni

sentenza di condanna contiene un accertamento, sicchè l'argomento finirebbe col provare troppo"); CHIOVENDA G., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, 207 ("La sentenza di mero accertamento non può munirsi di esecuzione provvisoria, perché essa non tende per sé alla esecuzione, né d'altra parte la certezza giuridica può essere provvisoria"); CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 63 ("Per le sentenze che si esauriscono nel mero accertamento non ha senso indagare la possibilità di anticipazione di effetti che non possono che coincidere con il passaggio in giudicato, momento conclusivo e suggello della ricercata certezza"); PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 194-195 [L'esame dei lavori preparatori della legge 353/1990 "mostra come il legislatore abbia avuto piena consapevolezza del come con il non limitare la provvisoria esecutorietà alle sole sentenze di condanna e con il riferirla in modo generico e indifferenziato a tutte le sentenze di primo grado si sarebbe anticipato il momento della efficacia rispetto a quello della immutabilità per tutte le sentenze di primo grado: ivi comprese in particolare quelle di mero accertamento o costitutive e non solo quelle di condanna all'adempimento di obblighi non suscettibili di attuazione in via di esecuzione forzata... Ne discende, mi sembra, la necessità di ripensare in modo totalmente nuovo il problema dell'efficacia (di accertamento, costitutiva e non solo esecutiva) della sentenza, anticipata rispetto al momento del suo passaggio in giudicato..."]; CHIARLONI S., *sub art. 282 c.p.c.*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile (Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374)*, *Commentario* a cura di TARZIA G. e CIPRIANI F., Padova, 1992, 158-159 ["Si tratta di problematizzare l'idea che esista, sotteso all'ordinamento processuale, un principio generale che stabilisca in maniera univoca, quando manchi una specifica regola normativa in senso diverso, il momento di attivazione dell'efficacia costitutiva o di accertamento. Lo stesso legislatore ha dimostrato con chiarezza di non credere all'esistenza di un simile principio generale. A scanso di equivoci, là dove erano in giuoco valori importanti, ha disciplinato molto pragmaticamente il momento di attivazione suddetto, a volte nel senso di identificarlo con il passaggio in giudicato (si pensi alla sentenza di divorzio o di morte presunta), a volte nel senso di identificarlo con l'emaneazione della sentenza (si pensi alla sentenza di interdizione o di fallimento). Non troverei dunque nulla di scandaloso nel consigliare di procedere ad un'interpretazione articolata per i casi passati sotto silenzio, senza paura di dover arrivare a risultati differenziati per diversi tipi di sentenze, che tengano conto non già delle grandi teorie sul giudicato (che obbligano a risultati conformi), ma piuttosto di altri, più concreti parametri, come, ad esempio, la disponibilità o indisponibilità del diritto oggetto del giudizio, gli effetti riflessi sui terzi, il conflitto di valori tra stabilità e giustizia, le ideologie correnti nella società civile rispetto a beni fondamentali, come la famiglia o certe categorie di diritti assoluti"]; IMPAGNATIELLO G., *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 757 ("...per quel che concerne le sentenze di mero accertamento, siano esse «pure» o contenenti delle condanne accessorie, l'operatività della disciplina dell'esecutorietà rappresenta un problema che...non avrebbe davvero alcuna ragione di porsi: infatti, se la sentenza non contiene altra pronuncia che quella dichiarativa, non vi è alcuna possibilità di discorrere di esecutorietà provvisoria, perché la sentenza si limita a creare certezza e la certezza, per essere tale, presuppone che la sentenza abbia acquisito quel grado di stabilità che si identifica col giudicato formale; invece, se la sentenza contiene una o più condanne accessorie, l'esecutorietà provvisoria di tali condanne non dovrebbe poter essere in discussione, per

In una logica diversa, si può, invero, tentare di ricostruire il sistema conferendo una posizione di centralità all'art. 33, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, secondo cui "le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali sono esecutive".

La lettera della norma consente di ritenere che tutte le sentenze rese dal giudice amministrativo di primo grado, siano esse di accertamento⁷², costitutive o di condanna, producano immediatamente i propri effetti, indipendentemente dalla formazione del giudicato.

Dunque, nel sistema processuale amministrativo, l'immediata esecutività della pronuncia non passata in giudicato è fenomeno che caratterizza non soltanto la tutela di condanna, ma anche quella costitutiva e di mero accertamento, e tanto in sede di giurisdizione generale di legittimità quanto in sede di giurisdizione esclusiva.

Ciò significa che una sentenza di un Tribunale amministrativo regionale - non ancora passata in giudicato - dichiarativa della nullità di un provvedimento esplica effetti sia se resa in controversie involgenti esclusivamente interessi legittimi, sia se resa in materie popolate da diritti soggettivi.

poco che si consideri che qualunque condanna presuppone l'accertamento del diritto di obbligazione che ne costituisce il titolo e non ha evidentemente alcun senso affermare l'esecutorietà della condanna allorché tale accertamento sia avvenuto *incidenter* e, all'opposto, negarla quando l'accertamento abbia avuto luogo *principaliter*"); dello stesso autore si veda, anche, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1992, 65-67. Cfr., inoltre, FERRI C., *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in Riv. dir. proc., 1993, 558 ss., e MONACI S., *La «novella» ed il processo del lavoro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1995, 165 ss..

⁷² Come si evidenzierà nel prosieguo dell'indagine, davanti al giudice amministrativo, è possibile esperire azioni di accertamento tendenti alla declaratoria delle nullità provvedimentoali.

E lo stesso vale per le sentenze costitutive di annullamento emesse in primo grado, le quali sono, dunque, immediatamente idonee ad eliminare, ad ogni effetto, dal mondo giuridico il provvedimento impugnato.

L'utilità di tali constatazioni ai fini della risoluzione della questione ora in esame è presto dimostrata.

Ed invero, se non sono rinvenibili ostacoli che impediscano di ammettere l'esecutività (nel senso, giova ripetere, di idoneità alla produzione di effetti) delle sentenze (non passate in giudicato) dichiarative di nullità provvedimentali emesse in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di giurisdizione esclusiva amministrativa, per quale ragione, in mancanza di esplicite indicazioni legislative di segno contrario, non dovrebbe riconoscersi, anche antecedentemente alla formazione del giudicato, l'esecutività della sentenza di nullità resa dall'autorità giudiziaria ordinaria?

Qualora non si riconoscesse tale efficacia esecutiva alla pronunzia emessa dal giudice civile, dovrebbe darsi atto della presenza - nel medesimo campo della tutela dei diritti soggettivi e, stante anche la possibilità di una giurisdizione esclusiva ordinaria, nel medesimo campo della tutela degli interessi legittimi - di due differenti regimi processuali: l'uno che ancora l'esecutività della pronunzia di nullità al passaggio in giudicato formale, l'altro che, invece, consente a tale pronunzia di produrre effetti sin dalla emanazione in primo grado.

Una tale disarmonia sistematica, però, a mio avviso, si porrebbe in insanabile contrasto con il principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., non sembrando, invero, possibile scorgere, tra una sentenza di nullità provvedimentale, non ancora passata in giudicato, emessa dal

giudice civile nei confronti dell'amministrazione ed una, ugualmente non passata in cosa giudicata, pronunciata, invece, dal giudice amministrativo di primo grado, diversità ontologiche tali che non consentano alla prima, a differenza della seconda, di produrre immediatamente effetti.

Entrambe, infatti, allo stesso modo, accertano (non solo l'esistenza o meno di una posizione giuridica tutelabile ma anche), similmente a quanto accade nell'ambito delle azioni (costitutive) di annullamento di provvedimenti amministrativi, la presenza di un vizio che inficia la determinazione della pubblica amministrazione.

Qualora non si optasse per la tesi (conforme a Costituzione) dell'immediata esecutività della sentenza di nullità resa dal giudice ordinario, dovrebbe giocoforza affermarsi che, nella materia *de qua*, la possibilità o meno di giovare, anticipatamente alla formazione del giudicato, degli effetti di una pronuncia di nullità provvedimento non dipenda da ragioni di carattere processuale o sostanziale, ma dalla mera circostanza che la controversia sia attribuita o meno alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o del giudice civile. Il che darebbe luogo ad una situazione di disparità francamente ingiustificabile in quanto esclusivamente fondata sull'irrilevante dato della diversità della provenienza della pronuncia.

In più, se il sistema, con una esplicita scelta (tra l'altro non del tutto scontata), ha previsto l'immediata esecutività, ancor prima del loro passaggio in giudicato, delle pronunzie costitutive di primo grado del giudice amministrativo che accertano, ai fini dell'annullamento del provvedimento, la presenza dei vizi di violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere, perché mai non si dovrebbe ammettere l'immediata

efficacia di quelle sentenze, sia pur rese da organi appartenenti ad un diverso plesso giurisdizionale, che riconoscono l'invalidità del provvedimento a causa della sussistenza di vizi (di nullità) ontologicamente ben più gravi di quelli che determinano la "semplice" annullabilità?

Può, allora, concludersi affermando che, nel silenzio della legge, ragioni legate alla necessità di rendere euritmico il regime possono assumere un ruolo rilevante nella ricostruzione del sistema e spingere l'interprete nella direzione qui prospettata.

7. Segue: l'inconcepibilità di una disapplicazione di un provvedimento nullo.

Le ragioni esplicitate nel quinto paragrafo non sono le uniche che dovrebbero indurre l'interprete ad optare per l'ammissibilità, nella materia *de qua*, di una tutela dichiarativa.

Vi è, invero, un ulteriore aspetto della tematica che assume un ruolo dirimente nella individuazione della soluzione maggiormente compatibile con il sistema.

Tale aspetto - che, a ben considerare, poteva essere analizzato antecedentemente a quelli fin qui esaminati - può, facilmente sintetizzarsi nel seguente interrogativo: da un punto di vista logico e sistematico, è realmente possibile disapplicare un atto nullo (inidoneo, pertanto, a produrre effetti giuridici)?

La risposta, a mio avviso, deve essere negativa.

L'istituto della disapplicazione trova, invero, il proprio naturale campo di impiego in presenza di provvedimenti illegittimi ma efficaci. E ciò, in quanto il fenomeno processuale della disapplicazione – che consente, ai fini della decisione di una controversia, di ritenere *tamquam non esset* un provvedimento - può avere certamente senso se destinato ad operare nei confronti di provvedimenti idonei ad esplicare effetti; apparendo, invece, obiettivamente difficile accettare l'idea di una disapplicazione che investa, rendendoli *tamquam non essent*, provvedimenti che, in quanto nulli, dal punto di vista della produzione degli effetti, sono già *tamquam non essent*⁷³.

⁷³ Osserva CANNADA BARTOLI E., *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Atti del Convegno organizzato dall'Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione Studiosi del processo amministrativo (Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997), Torino, 1998, 146: "In senso proprio, disapplicare significa considerare un atto o provvedimento amministrativo efficace ma illegittimo come irrilevante con riguardo ad una determinata fattispecie per la produzione di un dato effetto giuridico. Ne risulta un impedimento alla produzione dell'effetto, non l'estinzione dell'efficacia dell'atto. Conseguenza anche che la disapplicazione non può concernere atti nulli". Cfr., anche, ROMANO A., *La disapplicazione*, cit., 54, secondo cui: "Il potere di disapplicazione di un atto, e quindi anche del provvedimento amministrativo, postula anzitutto...che questo espliciti effetti. Di conseguenza, non ha senso che il giudice civile disapplichino provvedimenti amministrativi in violazione di norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, in quei casi estremi, comunque debbano essere identificati, nei quali tali provvedimenti, per la violazione di tali norme, siano addirittura nulli. Il giudice ordinario, quindi, può disapplicare provvedimenti amministrativi lesivi di diritti soggettivi individuali, solo quando essi, ed è l'ipotesi normale, malgrado che violino le norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione che quei diritti proteggono, esplicano i loro effetti lesivi di questi". Sulla configurabilità o meno di una disapplicazione (ex art. 5 legge abolitiva del contenzioso) di atti amministrativi emanati in carenza di potere, si veda, inoltre, VERDE G., *Rimozione degli atti amministrativi*, cit., 46, che osserva: "...quali che siano i presupposti di tale «carenza» (una nozione...fluida, in cui si inserisce largamente il potere discrezionale dei giudici), è generalmente riconosciuto che in tali casi non si «disapplica» alcunché, in quanto l'atto emanato senza potere è un non atto o un atto inesistente o nullo o comunque insuscettibile di qualsivoglia applicazione. Di conseguenza, la situazione finisce con l'essere diversa o addirittura antitetica a quella prevista dalla norma, che presuppone un atto «applicabile» e che i giudici non applicano". Cfr., infine, MARCHETTI B., *L'eccezione*, cit., 197-198, secondo cui: "nel...caso, in cui il giudice può conoscere direttamente dell'atto

Si vuole, cioè, dire che l'atto nullo, nascendo già inapplicabile (in quanto inefficace), non necessita tecnicamente di disapplicazione⁷⁴.

Disapplicare significa, infatti, ignorare, ai fini della decisione della causa, i possibili effetti giuridici del provvedimento; ma se il provvedimento non produce effetti giuridici in quanto nullo, non appare, a mio avviso, corretto scomodare l'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso. E ciò, quand'anche l'atto nullo produca, in via di puro fatto, effetti da un punto di vista materiale (si pensi al caso in cui la pubblica amministrazione disponga l'esecuzione di un provvedimento viziato da nullità). Gli effetti materiali non vanno, infatti, disapplicati, ma vanno rimossi. Ed a tal fine, l'ordinamento appresta (non certo l'istituto della disapplicazione, che non opera, in via diretta, nel mondo materiale, ma), eventualmente, il meccanismo dell'ottemperanza.

In conclusione, può, allora, dirsi che, alla luce dello schema delineato dalla legge abolitiva del contenzioso, il giudice ordinario può disapplicare provvedimenti amministrativi illegittimi ma pur sempre efficaci, essendogli precluso - in ossequio al principio di separazione dei poteri,

dell'amministrazione, a motivo della sua nullità, appare dubitabile che si tratti propriamente di *disapplicazione* del provvedimento invalido, poiché l'atto, a causa dei vizi da cui è affetto, non è idoneo a produrre alcun effetto giuridico di cui la stessa vicenda disapplicativa possa decretare la paralisi o la non applicazione: l'accertata nullità dell'atto renderà il comportamento dell'amministrazione mancante di qualsiasi base legale e quindi illecito, ciò che consentirà al giudice di riconoscere l'avvenuta lesione del diritto”.

⁷⁴ MENCHINI S., *La tutela*, cit., 4914, nell'ambito della tematica concernente l'individuazione dei confini che delimitano il sindacato del giudice ordinario nei confronti del provvedimento amministrativo, osserva che: “...relativamente ad atti amministrativi che si affermano emanati al di fuori o in assenza di specifiche attribuzioni normative all'amministrazione, il sindacato consiste nella verifica della sussistenza dei presupposti legali per l'esercizio della funzione e, dunque, è circoscritto al vizio di carenza (o inesistenza) di potere (si potrebbe forse dire che, essendo l'atto nullo o inesistente, il giudice non lo disapplica in senso tecnico – infatti, non vi è alcun atto applicabile che deve essere disapplicato perchè illegittimo – ma constatata piuttosto la sua inesistenza e, quindi, la sua totale ed assoluta inefficacia)”.

salvaguardato, nella visione ottocentesca, dagli articoli 4 e 5 di detta legge - ogni potere costitutivo di annullamento, di revoca o di modifica.

8. Giudice amministrativo e tutela dichiarativa nei confronti del provvedimento nullo.

Dimostrata (si spera) l'ammissibilità, dinanzi al giudice ordinario, delle azioni di nullità nei confronti dei provvedimenti amministrativi, ci si deve, adesso, interrogare in ordine alla loro esperibilità dinanzi al giudice amministrativo.

Il tema, in linea teorica, si inquadra all'interno della problematica (ad oggi ancora aperta) riguardante l'ammissibilità, nel processo amministrativo, di una tutela dichiarativa.

Tale problematica (di più ampio respiro) sarà però, in questa sede, solo accennata, considerato che, come si vedrà, la risposta alla domanda concernente la proponibilità di azioni di nullità provvedimentali dinanzi al giudice amministrativo non è strettamente dipendente dalla soluzione che si intende fornire al quesito riguardante la concepibilità, sempre dinanzi al medesimo giudice, di una generalizzata tutela di accertamento.

Su detta concepibilità, una parte (attualmente quella prevalente) della giurisprudenza ha, in maniera netta, affermato che: 1) "l'azione di accertamento è ammessa nell'ambito della giurisdizione esclusiva (del giudice amministrativo) nei soli casi in cui sia controverso un rapporto giuridico, caratterizzato dalla correlazione tra un diritto soggettivo ed un corrispondente obbligo, mediato, eventualmente, dall'adozione di un atto paritetico, e non anche per quanto concerne gli interessi legittimi o,

comunque, situazioni che trovano titolo in atti amministrativi di carattere autoritativo, ancorché vincolati”⁷⁵; 2) “la giurisdizione amministrativa di legittimità è giurisdizione di annullamento e non consente azioni di mero accertamento”^{76 77}.

Da ultimo, però, a conferma del fatto che la tematica non risulta ancora cristallizzata in schemi concettuali sedimentati, il Consiglio di Stato è, diversamente, giunto a riconoscere l’esperibilità dell’azione di accertamento anche in presenza di interessi legittimi, “almeno in tutti i casi

⁷⁵ Così, tra altre, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1440, in Foro amm. C.d.S., 2006, 874 (s. m.). Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1343, in Cons. Stato, 1999, I, 1603, ed in Giur. it., 2000, 405.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1440, cit..

⁷⁷ I dubbi evidenziati, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza in ordine all’ammissibilità, innanzi al giudice amministrativo, dell’azione di accertamento sono, in maniera chiara, sintetizzati (e poi superati con riferimento ai casi “in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente”) da Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in www.Judicium.it. Osserva il collegio: “Sono dubbi che nascono, innanzi tutto, dalla considerazione secondo cui un giudizio di accertamento sarebbe ammissibile solo in una controversia tra soggetti in posizione di parità e rispetto ai quali il giudice detiene il potere di fissare la disciplina puntuale del rapporto concreto. Quando, viceversa, sussiste un soggetto in posizione di supremazia (la Pubblica Amministrazione), la soluzione del conflitto di interessi sarebbe demandata a tale soggetto, che detiene e gestisce il potere, ed il sindacato del giudice, in tali casi, non può che assumere la struttura del controllo successivo dei modi di esercizio del potere, laddove, viceversa, un giudizio di accertamento del rapporto comporrebbe una inammissibile sostituzione all’Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere. Ancora, ulteriori ostacoli all’ammissione dell’azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo derivano, secondo l’insegnamento tradizionale: *a*) dalla negazione, invalsa soprattutto in passato, che l’interesse legittimo sia una posizione giuridica sostanziale avente la stessa dignità del diritto soggettivo; *b*) dalla mancanza di un riconoscimento espresso dell’azione di accertamento da parte del legislatore, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di altri Paesi che tale azione conoscono (par. 43 della *VGeO* tedesca); *c*) dalla tradizionale configurazione del giudizio amministrativo come giudizio sull’atto, e non sul rapporto, nell’ambito del quale, pertanto, al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, l’unica azione proponibile sarebbe quella volta ad ottenere l’annullamento del provvedimento illegittimo; *d*) dalla limitazione dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice amministrativo, il quale, pertanto, non sarebbe in grado, per la povertà dei suoi poteri istruttori, di compiere un accertamento pieno del rapporto controverso”.

in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente”⁷⁸.

Secondo il collegio, invero, «non appare decisivo...l’ostacolo derivante dalla mancanza di una norma espressa che preveda l’azione di accertamento nel processo amministrativo». «L’azione di accertamento nel nostro ordinamento» - osserva il supremo giudice amministrativo – «non è...un’azione “tipica”» e la sua ammissibilità «discende di per sé dall’esistenza della giurisdizione che implica appunto lo “*ius dicere*”»⁷⁹.

In più, ad avviso dei giudici, tale ammissibilità si giustifica pienamente alla luce dell’art. 24 Cost.; norma che “sancisce il diritto di azione per la tutela degli interessi legittimi in sé considerati, e, dunque, indipendentemente dal problema dell’annullamento dell’atto amministrativo”.

Effettuata questa premessa, può, ora, osservarsi che un deciso atteggiamento di chiusura della giurisprudenza appare riscontrabile con riferimento alla tematica (oggetto specifico della presente indagine) riguardante la proponibilità o meno di azioni di accertamento dei vizi di nullità del provvedimento.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, cit..

⁷⁹ Sottolinea, inoltre, il collegio: «La tipicità dell’azione di annullamento era coerente con la visione originaria del processo amministrativo come un processo impostato sulla tutela degli interessi legittimi oppositivi ai quali corrispondeva una pretesa a un “*non facere*” in capo all’amministrazione, cioè un dovere di astensione dall’emanare il provvedimento restrittivo della sfera giuridica dell’interessato. L’art. 45 del T.U. e l’art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei Tar che individuano come unico dispositivo di accoglimento la sentenza di annullamento rispecchiavano perfettamente tale visione. Una siffatta visione non corrisponde più all’evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito rilevanza e pari dignità agli interessi legittimi pretensivi».

Si è, invero, osservato come l'art. 26, comma 2, L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (secondo cui: il Tribunale amministrativo regionale, “se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato, e, quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa”), “costituisca specifica disposizione volta a regolare la natura delle sentenze di accoglimento del giudice amministrativo in sede di legittimità e, come tale, impedisca l'ingresso della pronuncia dichiarativa della nullità”. “L'ostacolo” – sottolinea questa giurisprudenza – “è insuperabile, poiché l'ingegneria giuridica non può mai essere genetica. Intervenire, cioè, ad alterare i connotati con cui un sistema è nato”⁸⁰.

Sia pur attraverso un ragionamento diverso, l'ammissibilità dell'azione di nullità è, sostanzialmente, negata anche da quella giurisprudenza secondo cui, una volta accertata la nullità di un atto, va dichiarato inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso volto al suo annullamento; e ciò, in quanto l'atto nullo non può produrre effetti lesivi⁸¹.

⁸⁰ T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, in www.LexItalia.it.

⁸¹ Cfr. T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3740, in www.LexItalia.it; T.A.R. Lazio-Latina, 23 ottobre 1991, n. 817, in *Foro amm.*, 1992, 1749 (s. m.).

In dottrina, cfr. CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, 169 ss.. Osserva l'autore in ordine alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'atto nullo: “È chiaro che un atto del genere è, per natura sua, assolutamente ed intrinsecamente inidoneo a produrre effetti giuridici, onde si deve senz'altro escludere che esso possa cagionare una qualsiasi lesione di una situazione subbiettiva del singolo. Esso, inoltre, non è esecutorio, in quanto l'esecutorietà attiene ad un particolare modo di atteggiarsi della efficacia o, secondo altri, della imperatività di taluni atti amministrativi, e quindi la presuppone, mentre, nel caso, manca. Tuttavia esso, a differenza del contratto o dell'atto unilaterale privatistico, può essere talora attuato, nel suo contenuto, dalla stessa amministrazione, con l'uso immediato

Siffatto orientamento giurisprudenziale viene però, in un certo senso, arricchito di significato da una parte della dottrina⁸² che ritiene che le pronunzie di rito di questo genere contengano un accertamento sostanziale, “posto che la declaratoria di inammissibilità si basa sulla verifica della patologia radicale dell’atto stesso”.

In questi casi, sottolinea tale dottrina, una pronunzia di inammissibilità per difetto di interesse ad impugnare è, sostanzialmente, “una decisione di rito con contenuto sostanziale di accertamento, il cui sostrato è dato dall’accertamento della nullità dell’atto”; una decisione, pertanto, “idonea a passare in giudicato anche con riferimento all’accertamento della nullità”.

In questi termini, si osserva, una siffatta pronunzia “è solo apparentemente una sentenza sfavorevole”, in quanto, in realtà, “riconosce la pretesa del ricorrente e produce un effetto equivalente alla sentenza di accoglimento”⁸³.

di mezzi coercitivi, in quanto può apparire come un atto amministrativo. Ma tale realizzazione non costituisce già manifestazione dell’esecutorietà dell’atto, che non ne è suscettibile, bensì semplicemente un illecito dell’amministrazione, il quale viene ad incidere su di un interesse oggetto di protezione immediata da parte di una norma sostanziale, e quindi su di una situazione subbiettiva diritto. Contro quell’illecito il privato gode della medesima tutela giurisdizionale che al singolo spetta di fronte all’illecito in genere, ossia dell’azione innanzi al giudice ordinario” (pag. 171-172); “L’atto nullo non incide, per definizione, su alcuna situazione giuridica” (pag. 174); “Il ricorso alla giurisdizione amministrativa urta...contro ostacoli d’ordine sostanziale e processuale insuperabili. Si è posto in luce che l’atto giuridicamente nullo non è efficace, e non può ledere alcuna situazione soggettiva del privato: ma proprio l’esistenza dell’atto, e la lesione o, quanto meno, la affermazione della lesione di un interesse legittimo da esso operata, sono presupposti fondamentali per l’impugnativa dell’atto stesso, secondo l’art. 26 del t. u. delle leggi sul Consiglio di Stato” (pag. 175).

⁸² CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, cit., 1816.

⁸³ Di diverso avviso T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, cit., secondo cui: “...è oltremodo dubbio che la statuizione di inammissibilità possa effettivamente giovare al ricorrente. Premesso che l’accertamento sulla nullità avverrebbe incidenter tantum (senza, cioè, efficacia di giudicato), la questione potrebbe riproporsi rispetto ad altri soggetti su cui

La tesi - per quanto animata dall'apprezzabile intento di veicolare, sia pur in via indiretta, all'interno del sistema una forma di tutela dichiarativa - non è, a mio avviso, convincente.

A ben guardare, infatti, non si può, nella materia *de qua*, non nutrire qualche perplessità dinanzi all'idea di un vero e proprio giudicato sostanziale di accoglimento discendente da una sentenza di rigetto in rito resa da un giudice di merito⁸⁴. E ciò, non solo in virtù del fatto che, come si evidenzierà a breve, il sistema non esclude la possibilità di introdurre giudizi di accertamento delle nullità provvedimenti che vengano definiti con effettive sentenze di accoglimento, ma anche perché, seguendo la ricostruzione che vede nella pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse una decisione di carattere sostanziale, ci si troverebbe di fronte ad un sistema che, da un lato, nega, in linea di principio, l'esperibilità di azioni dichiarative di nullità e, dall'altro, ammette l'emanazione di pronunzie (idonee a formare cosa giudicata sostanziale) aventi, nella sostanza, un contenuto di mero accertamento; ad un sistema, cioè, che, in

il provvedimento è destinato ad incidere. Persino nello stesso rapporto tra il ricorrente e l'amministrazione la formale sopravvivenza del non demolito atto potrebbe essere fonte di fastidi, qualora ad esempio l'amministrazione lo reiterasse oppure pretendesse di portarlo ad esecuzione o di porlo a fondamento di atti consequenziali (sempre che ciò non fosse già avvenuto) o, ancora, di sanarlo”.

⁸⁴ In particolari ipotesi, è, comunque, possibile individuare, all'interno del sistema, pronunzie formalmente incidenti sul processo che nascondono, in realtà, statuizioni di merito. Si pensi, ad esempio, alle declaratorie di difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione rese dalla Corte di cassazione, le quali, stante la loro capacità di pregiudicare diritto e domanda (ex art. 386 c.p.c.), costituiscono vere e proprie pronunzie di merito (di rigetto della domanda) idonee al passaggio in giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c.. Sul punto, per una analisi più ampia, mi permetto di rinviare a ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 223 ss..

maniera a dir poco singolare, esclude l'azione dichiarativa, ma non la corrispondente statuizione dichiarativa⁸⁵.

Peraltro, muovendo dal (non condivisibile) ragionamento effettuato dalla menzionata giurisprudenza, il giudice, in caso di proposizione di ricorsi tendenti unicamente ad una pronunzia di nullità, potrebbe anche giungere ad emanare declaratorie di inammissibilità per carenza di interesse che non siano fondate su un concreto accertamento della nullità dell'atto.

Si vuole dire che, teoricamente, il giudice, nel chiudere il processo in rito, potrebbe anche limitarsi ad osservare che tutte le censure proposte riguardano (astrattamente ed asseritamente) profili di nullità e, dunque, investono un provvedimento eventualmente già inefficace. Con la conseguenza che, in queste ipotesi, non si potrà, a mio avviso, parlare di declaratorie idonee alla produzione degli effetti propri del giudicato sostanziale. E senza dimenticare che, in quest'ottica, verrebbe, peraltro, del tutto trascurata la posizione della pubblica amministrazione resistente che potrebbe avere interesse alla formazione di un vero e proprio giudicato di rigetto che escluda la presenza di vizi di nullità.

A questo punto, i temi di indagine potrebbero moltiplicarsi.

Ed invero, la materia si potrebbe arricchire di ulteriori profili problematici qualora si ammettesse, in astratto, la possibilità per il giudice di emanare, in luogo della richiesta pronunzia di nullità, una pronunzia costitutiva di annullamento - fondata, ovviamente, sulle medesime censure poste a base dell'azione di nullità - pur in assenza di una esplicita domanda in tal senso.

⁸⁵ Sul punto, cfr. CAIANIELLO V., *Manuale*, cit., 446 ss..

In questo caso, infatti, sempre che il ricorso venga proposto entro gli ordinari termini di decadenza previsti per l'azione di annullamento, il giudice non potrebbe dichiarare l'inammissibilità della domanda per carenza di interesse senza aver prima verificato in concreto la presenza dei vizi di nullità.

A monte, però, l'interprete deve preliminarmente chiedersi se tale possibilità, per il giudice, di emanare, sulla base ovviamente delle censure prospettate, una pronuncia di annullamento al posto della richiesta sentenza di accertamento non si ponga in contrasto con il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

Occorre, cioè, interrogarsi in ordine alla configurabilità o meno del vizio di *extrapetizione* nel caso in cui, ferma restando la *causa petendi*, il giudice - considerato efficace ma illegittimo un provvedimento ritenuto, invece, nullo, e, dunque, giuridicamente inefficace, dal ricorrente - emani una pronuncia (di annullamento) diversa da quella (di nullità) richiesta con la domanda.

Il problema non è di facile soluzione.

A supporto della tesi che esclude la possibilità di pronunciare una statuizione costitutiva di annullamento in luogo di una dichiarativa di nullità, si potrebbe osservare che la domanda vincola il giudice non solo con riguardo ai fatti costitutivi allegati (o alle censure di invalidità, per quanto concerne specificatamente il giudizio sugli atti), ma anche relativamente al tipo di azione esercitata⁸⁶; ponendo, così, anche nella

⁸⁶ Cfr. MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2007, 95.

materia *de qua*, in rapporto di “necessaria correlazione”⁸⁷ il tipo di azione esperita ed il tipo di sentenza da pronunciare.

La tesi che, viceversa, ammette detta possibilità potrebbe, invece, fondarsi sulle seguenti considerazioni: a) i vizi di nullità e di annullabilità riguardanti i provvedimenti amministrativi sono sussumibili all’interno del medesimo *genus* dei vizi di invalidità; dunque, fermi restando i fatti costitutivi allegati (le censure prospettate), la scelta tra nullità ed annullabilità del provvedimento costituisce questione attinente esclusivamente alla qualificazione giuridica del vizio fatto valere, come tale non soggetta al monopolio del ricorrente, ma rimessa anche alla valutazione del giudice; b) fermi sempre restando i fatti costitutivi allegati, una domanda di nullità, avendo ad oggetto la forma più grave di invalidità, si pone rispetto ad una di annullamento (avente ad oggetto un vizio meno grave, pur sempre riconducibile alla comune matrice dell’invalidità) in termini di maggiore a minore; pertanto, in quest’ottica, una sentenza di annullamento, resa in luogo di quella di nullità espressamente richiesta, costituisce un semplice adeguamento riduttivo della pronuncia al fatto accertato (in altri termini, nella accennata visione della riconducibilità dei vizi di invalidità provvedimento ad una comune ed unica categoria, la domanda di nullità, in quanto concernente la forma più grave di invalidità, ricomprende anche una ipotetica domanda di annullamento fondata sulle stesse censure).

In questa sede, ci si deve, necessariamente, limitare a tali embrionali considerazioni.

⁸⁷ Il virgolettato appartiene a MANDRIOLI C., *Diritto*, cit., 95.

La scelta tra l'una o l'altra ricostruzione ermeneutica richiederebbe, invero, un approfondimento che esula dalle finalità del presente lavoro; approfondimento che, peraltro, dovrebbe investire anche il campo della materia contrattuale e negoziale, in cui è possibile riscontrare problematiche di analogo carattere⁸⁸.

⁸⁸ In materia contrattuale, la tesi che ammette la possibilità, per il giudice, di emanare, sulla base dei medesimi fatti costitutivi allegati, una sentenza di annullamento del contratto al posto della pronuncia di nullità esplicitamente richiesta dall'attore è seguita da: Corte cass., sez. lav., 5 luglio 1991, n. 7455, in Not. giur. lav., 1991, 874, in Orient. giur. lav., 1991, 714, ed in Riv. it. dir. lav. 1992, II, 659 [secondo cui: "Qualora la parte deduca un vizio del contratto, che ne consenta soltanto l'annullamento, ma chieda, tuttavia, di dichiararlo radicalmente nullo, non viola il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.)...il giudice che si limiti ad annullare l'atto, trattandosi di semplice adeguamento riduttivo della pronuncia al fatto accertato, rispetto alla maggiore estensione della domanda proposta"]; Corte cass., sez. I, 13 dicembre 1996, n. 11157, in Corr. giur., 1997, 694 [che osserva: "Per poter stabilire se vi sia stata la necessaria corrispondenza tra quanto richiesto dalla parte nell'atto introduttivo del giudizio e la pronuncia emessa dal giudice in sede di gravame, occorre esaminare distintamente il *petitum* e la *causa petendi*. Il *petitum* - ciò che la parte ha chiesto al giudice - s'identifica, nel presente caso, con la declaratoria di nullità del contratto del quale si discute. Il giudice ha invece pronunciato l'annullamento di quel contratto, ed a prima vista si potrebbe quindi esser tentati di concludere che si tratta di una pronuncia diversa, non solo perché diverse sono tra loro, evidentemente, le figure giuridiche della nullità e dell'annullabilità dei contratti, ma anche a causa del differente carattere delle due pronunzie cui esse, rispettivamente, danno luogo: dichiarativo, nell'un caso, e costitutivo nell'altro. Tali differenze non vanno però enfatizzate oltre misura. Che l'accertamento della nullità di un atto negoziale si risolva in una sentenza solo dichiarativa di una situazione giuridica (cui quella sentenza nulla aggiunge se non il sigillo della certezza), dipende dalla gravità dei vizi dell'atto ai quali la nullità consegue: vizi così gravi da implicare il rifiuto radicale ed assoluto dell'ordinamento di riconoscere gli effetti di un simile atto. Diversamente, quando il contrasto con la norma sia di minor rilievo, e metta in causa solo l'interesse di determinati soggetti, cui è conferita la potestà di reagire chiedendo l'eliminazione dell'atto viziato, quest'ultimo è pur sempre idoneo a produrre effetti, che l'ordinamento riconosce, fin quando coloro che sono a ciò legittimati non ne chiedano eventualmente l'annullamento ed il giudice non accolga tale domanda con una pronuncia che - per ciò stesso - necessariamente deve assumere carattere costitutivo. Quanto appena osservato però non toglie - anzi conferma - che nullità ed annullabilità sono entrambe riconducibili alla comune matrice dell'invalidità dell'atto negoziale e che esiste, tra loro, un rapporto di gradualità nel senso che la prima costituisce una manifestazione più grave e l'altra un'espressione meno grave del medesimo fenomeno della non conformità dell'atto a prescrizioni normative cui la legge non consente (o non in quel modo) di derogare. Se ciò è vero, ne consegue che la domanda giudiziale con cui la parte intenda far accertare la nullità - ossia la più grave forma

d'invalidità - di un contratto, al fine di poterne disconoscere gli effetti, si pone, rispetto ad un'ipotetica domanda di annullamento di quel medesimo contratto dipendente da un'invalidità meno grave, in termini di maggiore a minore. Ed allora, dovendosi il *petitum* identificare con riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere in giudizio dalla parte, non resta che ribadire l'assunto - già altre volte enunciato da questa corte (cfr., tra le altre, Cass. 12 dicembre 1988, n. 6139) - secondo cui la pronuncia di annullamento di un contratto, ove fondata sui medesimi fatti, non eccede i limiti della domanda con cui la parte abbia chiesto la declaratoria di radicale nullità del medesimo contratto. Il secondo elemento che occorre prendere in esame - per verificare se, in concreto, vi sia stata o meno corrispondenza tra la pronuncia del giudice e la richiesta della parte, è costituito dalla *causa petendi*: per tale dovendosi però intendere non già le ragioni giuridiche addotte a fondamento della pretesa avanzata in giudizio (delle quali il giudice deve avere cognizione indipendentemente dall'enunciazione che la parte ne faccia), bensì l'insieme delle circostanze di fatto che la parte pone a base della propria richiesta. Quest'ultima precisazione induce subito a negare fondamento all'assunto della ricorrente secondo cui, nell'identificazione della *causa petendi*, dovrebbe aversi riguardo ai "fatti giuridici" adottati dall'attore. Un fatto è sempre e soltanto, anzitutto, un accadimento materiale, ed assume la qualificazione di fatto giuridico unicamente quando (e nei limiti in cui) l'ordinamento vi ricollegi un qualche effetto giuridico. Basta, quindi, già la sola circostanza che un certo fatto sia stato dedotto in causa a sostegno di una domanda giudiziale per dimostrare che quel fatto è assunto, dalla stessa parte deducente, nella sua specifica valenza di fatto giuridico. E, d'altronde, proprio e solo in quanto gli venga attribuita una simile valenza quel fatto può assumere posto a sostegno di quella domanda: come conferma il disposto dell'art. 163, n. 4, c.p.c., a norma del quale l'attore deve indicare sia i fatti sia gli elementi di diritto costituenti le ragioni della sua domanda, sul presupposto, evidentemente, che gli uni siano destinati a chiarire gli altri, e viceversa. Questo, tuttavia, non toglie che - come già prima si anticipava - la corretta identificazione degli effetti giuridici scaturenti dai fatti dedotti in causa è compito precipuo del giudice. Sicché l'enunciazione che la parte faccia delle ragioni di diritto su cui la sua pretesa si fonda può valere a circoscrivere la cognizione del giudice solo nella misura in cui stia a significare che la parte medesima ha inteso trarre dai fatti esposti soltanto quelle, e non altre, conseguenze giuridiche. Il che rileva, a ben vedere, non tanto sul piano della *causa petendi*, quanto su quello, già prima esaminato, del *petitum*: perché, ogni qual volta i fatti dedotti dall'attore siano congruenti con gli effetti giuridici ai quali, esplicitamente o implicitamente, il medesimo attore abbia ricollegato la propria pretesa, non v'è dubbio che il giudice - ove accerti l'esistenza materiale di quei fatti, ed anche indipendentemente dall'esattezza della qualificazione giuridica loro attribuita dalla parte - debba accogliere detta pretesa"]; Corte cass., sez. lav., 18 luglio 2007, n. 15981, in *Contratti*, 2008, 53 (secondo cui: "...la domanda giudiziale con cui la parte intenda fare accertare la nullità - ossia la più grave forma di invalidità - di un contratto, al fine di poterne disconoscere gli effetti, si pone, rispetto ad un'ipotetica domanda di annullamento di quel medesimo contratto dipendente da un'invalidità meno grave, nei termini di maggiore a minore. Ne consegue che non eccede i limiti della domanda la sentenza che, in luogo della richiesta declaratoria di radicale nullità di un contratto, ne pronunci l'annullamento, ove quest'ultimo risulti fondato sui medesimi fatti allegati per farne discendere la nullità...").

Sotto l'aspetto pratico, si può, però, prevedere che - anche a causa delle difficoltà che potrebbero incontrarsi nella individuazione della linea, a volte sottile, che divide, nell'ambito della attività provvedimentale, il fenomeno della nullità da quello della "semplice" annullabilità - i ricorrenti saranno indotti, per evitare ogni rischio, ad agire in giudizio nei termini decadenziali, cumulando nello stesso processo anche domande di nullità e domande di annullamento fondate sulla medesima *causa petendi*.

Così come è, altresì, prevedibile che - stante la ancor diffusa giurisprudenza che nega l'ammissibilità delle azioni di accertamento nelle controversie involgenti interessi legittimi - tipici vizi di nullità saranno travestiti con gli abiti propri dei vizi di annullabilità, e, sotto tali sembianze, fatti valere, nel rispetto dei termini decadenziali, con singolari domande di annullamento⁸⁹.

La tesi contraria è, invece, sostenuta, in materia negoziale, da: Corte cass., sez. II, 30 luglio 1999, n. 8285, in Giust. civ. Mass., 1999, 1753 [secondo cui: "nullità e annullabilità...sono forme di invalidità nettamente distinte quanto a presupposti, disciplina e conseguenze, sicché è da escludere ogni eventuale reciproca fungibilità delle relative azioni, anche nell'ipotesi... in cui siano fondate sui medesimi fatti"]; Corte cass., sez. II, 22 marzo 1993, n. 3356, in Giust. civ. Mass., 1993, 533 (che osserva: "La domanda di annullamento di un negozio, comportando una pronuncia costitutiva, in quanto produttiva, nei rapporti tra le parti, di una situazione giuridica nuova, non può considerarsi compresa in quella di accertamento della nullità del negozio medesimo e tantomeno in una mera eccezione di nullità, che è rivolta solo a paralizzare la pretesa altrui, neppure se fondata sui medesimi fatti, dal momento che da questa domanda, ed a maggior ragione da questa eccezione, si distingue per il *petitum* radicalmente diverso"). Esclude che, in caso di medesimi fatti costitutivi, l'azione di annullamento sia compresa nell'azione di nullità anche Trib. Nuoro, 24 febbraio 2003, in Gius, 2004, 882.

⁸⁹ Per una vicenda conclusasi con una pronuncia di annullamento resa nei confronti di un provvedimento ritenuto nullo dal collegio giudicante, si veda T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, cit., secondo cui: "l'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercé la pronuncia di annullamento"; "...tale pronuncia appare del tutto coerente con la riscontrata esistenza di una giurisdizione di legittimità. Se il rapporto devoluto al giudice riflette lo schema logico fatto-norma-potere-effetto è del tutto naturale che la nullità trovi sfogo in una statuizione di annullamento, che accerti l'inesistenza giuridica del

Ritornando, adesso, all'oggetto principale dell'indagine, può nuovamente sottolinearsi che, secondo le prevalenti indicazioni giurisprudenziali, l'esperimento, dinanzi al giudice amministrativo, di azioni meramente dichiarative è ammissibile soltanto in relazione a quelle controversie, involgenti diritti soggettivi, devolute alla sua giurisdizione esclusiva.

Ed è, appunto, con esclusivo riferimento a quest'ambito (liti in materia di diritti soggettivi) che la giurisprudenza, in applicazione dei principi generali in tema di nullità, afferma che l'azione volta a far valere le nullità provvedimentali non è sottoposta a termini di decadenza⁹⁰ e che "il giudice amministrativo può d'ufficio accertare se siano nulli o inefficaci gli atti sui quali il ricorrente abbia fondato la sua domanda di accertamento"⁹¹.

Nelle controversie involgenti interessi legittimi, non sarebbe, invece, possibile, per il giudice amministrativo, emanare sentenze di accertamento delle nullità provvedimentali.

Tale diversificazione non trova, a mio avviso, adeguate giustificazioni.

È vero che il legislatore ha, nell'ambito del processo amministrativo, edificato un giudizio di tipo impugnatorio, volto alla emanazione di eventuali pronunzie costitutive di annullamento (e, in alcune ipotesi, di statuizioni condannatorie).

potere"; "...l'atto nullo può essere portato ad esecuzione o costituire il presupposto di atti successivi. La formula di annullamento, allora, ben si adatta all'esigenza che l'atto venga eliminato anche sul piano formale".

⁹⁰ Cfr., da ultimo, T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, 17 luglio 2007, n. 484, in www.LexItalia.it.

⁹¹ Così Cons. Stato, sez. V, 1 dicembre 1997, n. 1459, in *Foro amm.*, 1997, 3062.

Ed è, altresì, vero che manca un referente normativo che autorizzi, in via generale, l'esperibilità, dinanzi al giudice amministrativo, di azioni meramente dichiarative.

Queste circostanze non escludono, però, la possibilità di proporre, anche in materia di interessi legittimi, domande tendenti all'accertamento di vizi di nullità.

Può, infatti, osservarsi che, da un punto di vista ontologico, anche la tutela costitutiva (e, dunque, pure quella, fornita dal giudice amministrativo, che si esprime attraverso l'emanazione di pronunzie di carattere demolitorio) e la tutela di condanna presuppongono e contengono un vero e proprio accertamento del corretto assetto giuridico del rapporto dedotto in giudizio⁹².

Si vuole, cioè, dire che l'accertamento costituisce un imprescindibile elemento che connota la nozione stessa di giurisdizione e l'esercizio di ogni funzione giurisdizionale.

A tale rilievo si aggiunga anche la seguente considerazione: nel nostro sistema vige il principio per cui l'erogazione della tutela costitutiva deve essere autorizzata da esplicite previsioni legislative (art. 2908 c.c.); limitazione, questa, che, occorre ribadire, non sussiste, invece, per quanto concerne quelle forme di tutela che si estrinsecano con provvedimenti di

⁹² Cfr. CAIANIELLO V., *Manuale*, cit., 471, secondo cui: "...contrapponendosi in sede di giurisdizione amministrativa il processo di annullamento al processo di accertamento...si dimentica che in ogni tipo di processo (e quindi anche in quello di annullamento) è insito il momento dell'*accertamento* come ineliminabile momento propedeutico per l'adozione di qualsivoglia sentenza, sia essa di condanna, costitutiva o dichiarativa"; "...se la funzione propria della giurisdizione e quindi del processo è quella di dichiarare la volontà della legge rispetto al caso concreto, una sentenza costitutiva, quale è certamente quella di annullamento di un atto illegittimo, deve contenere in sé, come indefettibile presupposto, l'accertamento del «diritto» (in senso oggettivo), cioè la volontà della legge relativamente al caso concreto".

natura dichiarativa. E ciò, conseguentemente, significa che, al fine di affermare la proponibilità delle azioni tendenti alla declaratoria di nullità del provvedimento, non risulta necessaria una espressa disposizione normativa di carattere autorizzativo.

Giungendo, adesso, a quello che, a mio avviso, costituisce il vero punto dirimente della questione (punto che, peraltro, permette di affermare l'ammissibilità, nella materia *de qua*, delle domande di nullità a prescindere dalla soluzione adottabile in ordine alla problematica relativa alla possibilità o meno, per il giudice amministrativo, di erogare, in via generalizzata, qualsiasi forma di tutela dichiarativa), vi è da dire che la domanda di nullità del provvedimento introduce una azione di accertamento particolare; una azione che è diretta (non solo a verificare l'esistenza o meno di una posizione giuridica tutelabile ma) ad accertare, similmente a quanto accade nell'ambito delle azioni (costitutive) di annullamento provvedimento, l'esistenza di un vizio (vizio ovviamente diverso e più grave rispetto a quelli che causano l'annullabilità del provvedimento)⁹³. Il che avvicina notevolmente le due forme di tutela, rendendo la prima, quella dichiarativa della nullità, non incompatibile con la struttura del processo amministrativo⁹⁴.

⁹³ Cfr. CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, cit., 1815.

⁹⁴ Peraltro, come ribadisce Corte cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in Foro it., 2009, I, 731, con note di TRAVI A., di CAPONI R., e di PALMIERI A., *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedimento*, "più indici normativi testimoniano della trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento in giudizio sul rapporto: ciò che è stato puntualmente messo in rilievo dalla dottrina, in riferimento all'impugnazione, con motivi aggiunti, dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (Legge TAR, art. 21, comma 1, modificato dalla L. n. 205 del 2000, art. 1); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di

In più, per quale arcana ragione il legislatore avrebbe espressamente delineato la figura della nullità del provvedimento (senza modificare i criteri di riparto) se non fosse poi possibile accertare tale vizio in sede processuale con vere e proprie pronunzie idonee al giudicato sostanziale?

A meno di non voler immaginare l'ordinamento processuale come un sistema del tutto sganciato dal diritto sostanziale, separato da quest'ultimo da una barriera di incomunicabilità, deve allora ammettersi, anche in presenza di interessi legittimi, la proponibilità di domande di nullità davanti al giudice amministrativo^{95 96}; soluzione, questa, che si giustifica

violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (L. n. 241 del 1990, art. 21 octies, comma 1, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 21 bis); al potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio (L. n. 241 del 1990, art. 2, comma 5, come modificato dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, in sede di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35)".

⁹⁵ L'esperibilità di azioni di nullità davanti al giudice amministrativo è ammessa da CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali*, cit., e da CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, cit., 1813-1815.

L'ammissibilità, nel campo delle nullità provvedimentali, della tutela dichiarativa dinanzi al giudice amministrativo è riconosciuta anche da BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 366, il quale giunge a tale conclusione attraverso un diverso percorso argomentativo consistente nella diretta applicazione della disciplina contenuta nel codice civile. Osserva, infatti, l'autore: "A questo punto...bisogna superare l'obiezione che il g.a. non ha la potestà di accertamento dei provvedimenti lesivi di interessi. Ciò, in ogni modo, non vale per la nullità, poiché la potestà di accertamento della medesima trova la sua fonte nel coacervo di regole sostanziali e processuali contenute nel codice civile. Il diritto comune regola la tutela processuale della nullità, prescindendo dal giudice che concretamente dovrà accertarla. In altre parole, l'azione di nullità è neutra, potendo essere conosciuta da qualsiasi giudice che ne abbia giurisdizione. Una volta che il giudice si trovi dinanzi ad un provvedimento nullo, il medesimo non avrà bisogno di far riferimento ad alcuna norma processuale, in quanto la propria potestà di accertamento gli è conferita direttamente dal codice civile, che, oltre a preoccuparsi della disciplina sostanziale, provvede a regolare il suo potere di cognizione, mediante le regole sul giudizio di nullità (relative ai tempi dell'azione, alla legittimazione ed alla rilevabilità d'ufficio). Non vi è quindi bisogno di rinvenire un fondamento nell'ordinamento processuale amministrativo, dato che il medesimo è riscontrabile direttamente nel diritto comune".

Dubbi su tale esperibilità sono, invece, sollevati da PANZIRONI G., *Profili problematici*, cit., secondo cui: "...il forzato ingresso della nullità del negozio nel mondo del

pure alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost..

La conclusione raggiunta, peraltro, non ha il significato di (né presuppone) un riconoscimento, in capo a tale giudice, di un generalizzato potere di pronunciare qualsivoglia statuizione dichiarativa.

Ed invero, nel quadro dell'attuale sistema, non risulta possibile affermare che il giudice amministrativo possa, senza alcuna limitazione, fornire, in qualunque ipotesi, una tutela di accertamento. Rilievo, questo, facilmente spiegabile con riferimento a quelle controversie aventi ad oggetto provvedimenti (non nulli) incidenti su interessi legittimi: in questi casi, infatti, il suddetto riconoscimento si porrebbe in insanabile contrasto con il principio di perentorietà dei termini di impugnazione e con il principio di consolidamento delle posizioni giuridiche.

Si vuole, cioè, dire che, nelle fattispecie in cui la lesione dell'interesse legittimo dedotto in giudizio discende dall'effusione del potere amministrativo estrinsecatosi sotto forma di un provvedimento efficace ma illegittimo, una volta decorso l'ordinario termine di impugnazione e, dunque, venuta meno la possibilità di un annullamento in

provvedimento amministrativo comporta incertezze e aporie sistematiche sia sotto il profilo del diritto sostanziale, sia sotto quello del diritto processuale, che non appare "attrezzato" all'azione dichiarativa della nullità"; "...l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, la sua natura dichiarativa, e tutti i suoi elementi mal si conciliano con la struttura del processo amministrativo modellato sul giudizio impugnatorio...".

⁹⁶ Occorre osservare che, con l'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto della disciplina del processo amministrativo. Ai fini che in questa sede interessano, può evidenziarsi che la norma ha attribuito al Governo il compito di disciplinare le azioni e le funzioni del giudice amministrativo, "prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa". Come è facile notare, però, l'ampiezza e la genericità della lettera della norma non permettono di trarre elementi idonei a confermare o, viceversa, a contrastare la tesi, in questa sede prospettata, secondo cui è già possibile, anche in materia di interessi legittimi, esperire azioni di nullità provvedimento.

sede giurisdizionale, riconoscere al giudice amministrativo il potere di accertare l'illegittimità dell'atto (lasciando alla pubblica amministrazione il compito di rimuoverlo in attuazione della pronunzia) determinerebbe la perdita di coerenza del vigente modello processuale, tradizionalmente imperniato sulla perentorietà dei termini di impugnazione.

9. Il termine di proposizione dell'azione di nullità del provvedimento amministrativo.

Affermata l'ammissibilità, sia nel processo civile che in quello amministrativo, delle azioni di nullità provvedimento, occorre ora rapidamente affrontare la problematica relativa al termine di proponibilità delle stesse.

L'indagine può essere avviata facendo, in primo luogo, riferimento alle azioni dichiarative di nullità esperibili - dinanzi al giudice ordinario o, nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, al giudice amministrativo - a tutela di diritti soggettivi.

Ebbene, in queste ipotesi, a me pare che la questione, dal punto di vista tecnico, possa essere risolta ponendo in evidenza il fenomeno della improduttività di effetti giuridici che caratterizza l'atto viziato da nullità.

L'atto nullo è, invero, giuridicamente inefficace e dunque, per tale ragione, inidoneo sia a modificare il quadro sostanziale delle situazioni giuridiche interessate dall'intervento amministrativo sia, in assenza di esplicite disposizioni normative di segno contrario, a determinare forme di consolidamento delle posizioni giuridiche coinvolte.

In mancanza, allora, di una diversa indicazione legislativa, appare ragionevole - proprio alla luce della incapacità dell'atto nullo di assurgere al rango di fonte legale di regolamentazione di assetti di interessi - affermare l'imprescrittibilità dell'azione di nullità⁹⁷; risultato, questo, che, per ragioni di euritmia sistematica, andrebbe esteso anche alle ipotesi di nullità derivanti da violazione o elusione del giudicato, con conseguente rilettura e superamento della tradizionale tesi che assoggetta, con riferimento a questi casi, l'azione di nullità alla prescrizione decennale propria dell'*actio iudicati*.

La soluzione della imprescrittibilità - peraltro in linea con la regola generale dettata, in materia di contratti, dall'art. 1422 c.c. - presenta, però, un serio "inconveniente": non ancorare l'azione ad un termine di

⁹⁷ Diversa e maggiormente articolata la soluzione adottata da ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità*, cit., secondo cui: "la disciplina dei termini di proposizione dell'azione di nullità deve...risultare coerente rispetto alla dimensione temporale dell'azionabilità dell'interesse giuridicamente protetto, cui la nullità appresta ulteriore e diversa protezione, ma la cui intrinseca ed originaria consistenza non subisce alcuna riqualificazione in ragione della gravità dei vizi di legittimità del provvedimento (a questo proposito possono essere utilmente riprese le osservazioni di Cannada Bartoli circa la fondamentale irrilevanza della entità della violazione della norma sulla qualificazione giuridica dell'interesse che si confronta con il potere dell'amministrazione, interesse la cui intima dimensione assiologica è qui eretta a fulcro su cui si costruisce la garanzia giuridica). L'azione di nullità, pertanto, avrà termini di proposizione variabili in ragione della dimensione temporale di azionabilità dell'interesse cui essa è asservita, per il fatto stesso che si tratta di una azione offerta a tutela di un interesse già giuridicamente garantito e riconosciuto, cui non può attribuirsi in tal modo consistenza superiore a quella che esso possiede in virtù della norma primaria che lo qualifica. L'esempio più chiaro di questa necessaria correlazione è offerto proprio dalla concorde affermazione secondo cui l'azione di nullità per violazione del giudicato si prescrive nei termini stessi in cui si verifica la prescrizione dell'*actio iudicati*. Quando l'azione di nullità è posta a garanzia di diritti soggettivi, dunque, essa sarà proponibile (davanti al giudice ordinario, ovvero davanti al giudice amministrativo competente in via esclusiva) entro i termini di prescrizione del diritto tramite essa presidiato. Si danno certamente, pertanto, ipotesi in cui l'azione stessa risulta effettivamente imprescrittibile, ma perché è questa la regola che vige per l'azionabilità in giudizio del singolo diritto tutelato, non perché questa sia la regola univocamente implicita nella qualificazione medesima di nullità".

proponibilità significa, infatti, rischiare di lasciare perennemente incerta la realtà giuridica oggetto della determinazione amministrativa; “inconveniente”, questo, nel silenzio della legge, non superabile, però, in via interpretativa.

L’alternativa consisterebbe nel vincolare l’azione di nullità al rispetto o dell’ordinario termine di prescrizione decennale o degli specifici termini di prescrizione dei diritti concretamente coinvolti nella vicenda o, infine, al rispetto di non identificabili termini di decadenza; opzioni che non trovano, però, a mio sommo avviso, conferme, o quantomeno appigli, nei laconici dati normativi di riferimento.

Con ciò, non si vuole, ovviamente, giungere a rinnegare il valore della stabilità dell’azione amministrativa, ma solo riconoscere che la necessità di legare la domanda di tutela giurisdizionale all’osservanza di un termine di esperimento può pienamente giustificarsi in presenza di una attività provvedimentale comunque idonea a mutare la realtà giuridica, e non in caso di emanazione di atti amministrativi improduttivi di effetti giuridici.

Sempre in ragione della inidoneità dell’atto nullo a modificare l’assetto sostanziale delle situazioni giuridiche coinvolte, alla medesima conclusione e, dunque, alla affermazione della mancanza di termini di proponibilità deve, anche, giungersi con riferimento alle azioni di nullità esperibili – davanti al giudice amministrativo o, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva ordinaria, davanti al giudice civile - a tutela di interessi legittimi^{98 99}.

⁹⁸ Cfr., con riferimento al giudizio dinanzi al giudice amministrativo, CAPOZZI S., *L’invalidità parziale dell’atto amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, 40.

Sempre relativamente al processo amministrativo, la tesi dell'imprescrittibilità è sostenuta anche da BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, cit., 390-392. L'autore, però, giunge a tale risultato attraverso un percorso ermeneutico diverso, ritenendo che l'azione di nullità esperibile dinanzi al giudice amministrativo "è integralmente sottoposta" alle disposizioni del codice civile.

Utilizza, in giurisprudenza, lo strumento dell'analogia Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872, in Comuni d'Italia, n. 9/2008, 84. Osserva il collegio: "il nuovo articolo 21-septies della legge n. 241/1990, recependo i risultati di una ricca elaborazione interpretativa, ha codificato la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo, definendone i caratteri sostanziali. La disposizione, tuttavia, non ha espressamente indicato la disciplina dell'azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione. La carenza di disciplina espressa...non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale. In particolare, trova applicazione la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità. La gravità delle patologie elencate dall'articolo 21-septies comporta che l'atto sia, in radice, inidoneo a produrre effetti giuridici. Questa assoluta inidoneità strutturale dell'atto comporta che l'interessato possa fare accertarne la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna".

Cfr., infine, T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 29 aprile 2008, n. 1043, in Foro amm. T.A.R., 2008, 1109, che afferma: "secondo i principi generali dell'ordinamento civile, di recente recepiti nel diritto amministrativo con l'entrata in vigore dell'art. 21 septies, della legge 7 agosto 1990, n. 241, per effetto della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (che ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo), la nullità è una categoria della patologia dell'atto che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e senza preclusioni temporali, essendo, il diritto di agire in giudizio per ottenerne la declaratoria, imprescrittibile e, la relativa azione, non soggetta a termini decadenziali".

⁹⁹ In parte diversa, invece, la ricostruzione effettuata da ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità*, cit., il quale, distinguendo tra interessi legittimi pretensivi ed interessi legittimi oppositivi, osserva che: «L'interesse pretensivo, che di fronte ad una manifestazione efficace di potere autoritativo di segno sfavorevole deve essere azionato entro il termine decadenziale, nel caso di atto nullo deve essere azionato nei termini entro cui il privato può agire (si ritiene dai più: davanti al giudice amministrativo) per la tutela dell'interesse materiale di base. Tale termine, a mio parere, può ritenersi corrispondente a quello di un anno dalla formazione del silenzio-inadempimento, previsto dall'art. 2 L. n. 241/1990 come limite oltre il quale l'interessato non può più proporre il relativo ricorso: evidentemente, decorso tale termine, è lo stesso interesse materiale di base del cittadino a non risultare più azionabile davanti al giudice (amministrativo). ...Molto più complesso individuare regole comuni e termini più o meno certi per gli interessi legittimi oppositivi. Ovviamente, il problema sorge per quegli interessi legittimi oppositivi che siano originariamente tali, e non discendano dalla "degradazione" di preesistenti diritti soggettivi: questi ultimi, infatti, davanti all'atto amministrativo nullo conservano integra la propria consistenza, sicchè l'azione di nullità risulterà imprescrittibile o prescrivibile, e prescrivibile in termini diversi, a seconda di quale sia la regola che vale per il singolo diritto di cui è questione. L'interesse legittimo oppositivo, pur essendo immediatamente leso dall'atto amministrativo nullo per quanto attiene all'esigenza di rendere certa l'inefficacia di quest'ultimo, non è tuttavia per

altro verso inciso dall'atto stesso (salvo per gli eventuali profili risarcitori), e risulta quindi azionabile, almeno potenzialmente, senza limiti temporali (si immagini, per esempio, che l'amministrazione, accortasi della nullità di un primo provvedimento, dia luogo alla sua rinnovazione: è evidente che il secondo atto sarà impugnabile da parte del ricorrente, cui non potrà opporsi il mancato esercizio dell'azione di nullità nei confronti del primo provvedimento). La consumazione dell'azionabilità dell'interesse materiale di base non può quindi aversi ad opera del solo atto nullo, ma si esige, per questo, che l'atto stesso abbia avuto totale o parziale esecuzione: solo in presenza di una attività esecutiva può sorgere infatti l'esigenza che l'interessato reagisca entro termini dati, oltre i quali l'interesse materiale di base alla conservazione dello *status quo* non può essere più fatto valere».

Questo il vigente testo del citato art. 2 L. n. 241/1990 (come modificato dalle leggi n. 15/2005, n. 80/2005 e n. 69/2009):

1. "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso".
2. "Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni".
3. "Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa, sono individuati i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza".
4. "Nei casi in cui, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, sono indispensabili termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, i decreti di cui al comma 3 sono adottati su proposta anche dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei ministri. I termini ivi previsti non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione".
5. "Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza".
6. "I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte".
7. "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2".

La soluzione, peraltro, si spiega anche alla luce di una ulteriore considerazione.

Invero, applicando, nella materia *de qua*, i termini di decadenza previsti per l'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi¹⁰⁰,

8. “Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”.

9. “La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale”.

Ebbene, vero è che, ai sensi dell'ottavo comma di tale norma, la pretesa dell'interessato può essere azionata entro il predetto termine di un anno, ma tale regola vale esclusivamente nel caso di *silenzio* dell'amministrazione. Il provvedimento nullo emesso a conclusione del procedimento non risulta, a mio avviso, equiparabile al *silenzio*, in quanto, pur essendo gravemente viziato in radice ed inidoneo a produrre effetti giuridici, costituisce, tuttavia, tangibile manifestazione di attività amministrativa.

¹⁰⁰ Cfr. T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 2 ottobre 2006, n. 1546, in Foro amm. T.A.R., 2006, 3348 (s. m.), secondo cui: “...nel sistema della giustizia amministrativa, il termine perentorio previsto per l'impugnazione degli atti (rendendosi comunque necessaria una impugnazione anche solamente al fine di far valere il vizio di nullità e affermare l'inefficacia dell'atto con pronuncia dichiarativa) non soffre limitazioni o differenze di regime a seconda della tipologia di vizio fatto valere, a seconda cioè se si denunci una nullità o una annullabilità del provvedimento”; “...l'ordinamento ha previsto una necessità di impugnazione giurisdizionale soggetta al medesimo regime di decadenza che non ammette differenze per il tipo di vizi dedotti”.

In dottrina, ritengono applicabili, anche in caso di nullità dell'atto, i termini di decadenza LENTINI A., *Termine di impugnativa degli atti assolutamente nulli*, in Nuova rass., 1949, 1140-1141, e LESSONA S., *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi nella reazione giurisdizionale* (nota a Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 1948), in Foro pad., 1950, 29 ss.. Quest'ultimo autore osserva che: “...occorre...essere ben sicuri che la regola posta, quanto al termine, nell'art. 36 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato sia da applicarsi tanto se il ricorso abbia per oggetto atti nulli, quanto se esso si riferisca ad atti semplicemente annullabili. A questa conseguenza mi pare si debba giungere attraverso l'esame dell'art. 26. Anche ammettendo che il legislatore del 1889 non abbia avuto presente la distinzione fra atti nulli ed atti annullabili e che questi ultimi solo abbia voluto considerare, questo però non basta, se non si voglia identificare la mens legis con la mens legislatoris, ad escludere dall'applicazione del termine di decadenza gli atti nulli... Di fronte al testo dell'art. 26 o si nega la proponibilità del ricorso nei confronti degli atti amministrativi che siano riconosciuti nulli e con questo si nega lo scopo fondamentale della giustizia amministrativa, perché si lascerebbero gli interessati senza utile difesa di fronte a

si delineerebbe un modello di azione dichiarativa sostanzialmente identico a quello proprio dell'azione costitutiva; con la conseguenza che, svanite le differenze tra le due azioni, l'introduzione, nel sistema, della disciplina sostanziale della nullità del provvedimento di cui all'art. 21 *septies* perderebbe gran parte del suo significato.

Dunque, in conclusione, alla luce del vigente dato normativo di riferimento, deve, nella materia *de qua*, affermarsi l'operatività di una forma di tutela giurisdizionale non assoggettata a vincoli temporali; e ciò, anche a costo di sacrificare il bene della certezza dei rapporti giuridici garantito dalla stabilità dell'azione amministrativa. Senza, peraltro,

tutti gli atti, p. es. viziati di incompetenza assoluta, o si ammette la proponibilità del ricorso e questo allora deve essere prodotto nel termine di decadenza. La illegittimità dell'atto non può essere ristretta a quella anti-giuridicità che affetta l'atto stesso in maniera meno grave, ma deve essere considerata nel suo significato pieno. Ed allora quale più tipica illegittimità di quella che consiste nella mancanza dei presupposti essenziali per cui possa dirsi che si è in presenza di un atto amministrativo idoneo a produrre effetti giuridici?";...; la pubblica amministrazione "ha un interesse massimo a che la incertezza del diritto sia al più presto eliminata: ed è proprio a questo scopo che sono stati stabiliti i termini di decadenza in contrasto con la regola per cui l'azione dura quanto dura il diritto. Ognuno intende facilmente come estendendosi i casi di nullità degli atti amministrativi e negandosi l'applicazione del termine di decadenza alla impugnazione degli atti nulli una vastissima sfera di attività amministrativa sarebbe paralizzata o quasi da uno stato di incertezza illimitatamente protrattesi nel tempo. Non nego che la conclusione cui giungo urta con la essenza della nullità degli atti giuridici e con i corollari che ne discendono; ma pur senza rinnegare quella essenza e quei corollari, bisogna ammettere la possibilità di regolazioni di diritto positivo che vi contraddicono" (pag. 32-34). Cfr., anche, CARDARELLI F. - ZENO ZENCOVICH V., *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica*, in Giustamm.it, secondo cui: "Sulla imprescrittibilità dell'azione (anch'essa da non ritenere un dogma, ma piuttosto un portato delle disposizioni del codice) non sembrano facilmente conciliabili le esigenze di certezza del diritto sorte in base all'adozione di provvedimenti autoritativi con la dilatazione dei tempi di sottoponibilità al giudice dei provvedimenti suppostamente nulli. Tuttavia il giurista positivo dovrebbe attenersi alla circostanza che la legge sul procedimento (e sull'attività amministrativa) nulla prevede in ordine agli effetti della nullità in ordine alla legittimazione alla proposizione all'azione, né in ordine alla imprescrittibilità della medesima: con la conseguenza che, sul piano sistematico, risulterebbe allo stato difficile superare, nell'ambito del processo amministrativo, il termine decadenziale per la proposizione del ricorso, o la titolarità dell'interesse concreto ed attuale alla proposizione del ricorso medesimo ai fini della *legitimatio ad causam*".

dimenticare che la certezza dei rapporti giuridici potrebbe, ovviamente, essere rimessa in discussione dalla stessa pubblica amministrazione attraverso l'esercizio del proprio potere di autotutela; potere, in caso di atto viziato da nullità, di stampo meramente dichiarativo (l'amministrazione, infatti, in tale ipotesi, si limita a riconoscere la mancata produzione degli effetti giuridici dell'atto e la totale anti-giuridicità degli eventuali effetti materiali a questo riconducibili)¹⁰¹.

10. Legittimazione ed interesse ad agire nel campo delle azioni di accertamento di nullità provvedimentali.

Come si è in precedenza sottolineato, la domanda di nullità del provvedimento introduce una azione di accertamento in parte simile alla azione costitutiva di annullamento del provvedimento, essendo anche l'azione di nullità diretta ad accertare l'esistenza di un vizio di invalidità dello stesso.

Tale affinità permette di risolvere la questione relativa alla individuazione della cerchia dei soggetti legittimati ad agire dinanzi al giudice civile per far dichiarare la nullità del provvedimento richiamando i risultati a cui si è giunti, nel settore del processo amministrativo, con riferimento alla identificazione dei legittimati all'esperimento della tipica azione di demolizione dell'atto amministrativo; il che, come si evidenzierà immediatamente, assicura la configurabilità di una ampia sfera di soggetti legittimati, senza che, però, risulti necessario scomodare l'art. 1421 c.c. e,

¹⁰¹ Sulla disciplina dell'autotutela in presenza di atti nulli, cfr. CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2008, cit., 1980 ss..

dunque, tentare l'accostamento con il fenomeno della legittimazione ad agire nelle azioni di nullità contrattuale¹⁰².

Ferma, ovviamente, la legittimazione di tutti i soggetti destinatari immediati del provvedimento asseritamente nullo, il rinvio al processo amministrativo consente, infatti, di affermare la legittimazione anche di quei soggetti che, pur essendo formalmente terzi rispetto a tale provvedimento, risultano nondimeno portatori di un interesse personale alla declaratoria di nullità.

Ed invero, come è noto, nell'attuale modello di giudizio impugnatorio che si svolge dinanzi al giudice amministrativo, "possono chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo tutti i soggetti che vi abbiano un interesse pratico in relazione agli effetti pregiudizievoli del medesimo, indipendentemente dalla qualifica formale di destinatari del provvedimento, e a prescindere dall'essere tali soggetti coinvolti in un rapporto diretto con l'amministrazione"¹⁰³.

In sostanza, nel processo amministrativo di annullamento, la legittimazione ad agire spetta a tutti i soggetti (destinatari o meno del provvedimento) i cui interessi sostanziali appaiono incisi dalla effusione del potere amministrativo.

¹⁰² Alla luce della lettera dell'art. 1421 c.c. ("Salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"), può affermarsi che "l'azione di accertamento della nullità è una azione generale rispetto alla quale la legittimazione ad agire è riconosciuta dall'ordinamento non soltanto ai soggetti che hanno posto in essere il negozio giuridico nullo, ma anche a quei terzi estranei, che ricevendo un pregiudizio giuridicamente apprezzabile dalla permanenza dell'incertezza sull'idoneità del negozio a produrre i suoi effetti tipici, dimostrino un proprio concreto interesse ad agire" (così, Corte cass., sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1903).

¹⁰³ Il virgolettato appartiene a CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2008, cit., 1971.

Uguualmente, allora, l'azione di nullità provvedimentoale può essere esperita da qualsiasi soggetto la cui sfera giuridica appaia pregiudicata dalla emanazione e dalla formale esistenza dell'atto nullo; fermo restando, ovviamente, che, nel caso di nullità per violazione o elusione del giudicato, legittimati ad agire sono solo le parti del giudizio conclusosi con la sentenza passata in giudicato¹⁰⁴.

La legittimazione deve, così, essere verificata - sia dal giudice civile che, ovviamente, dal giudice amministrativo - alla luce della capacità del provvedimento nullo di costituire fonte di pregiudizio per il soggetto che agisce in giudizio.

In tal modo, l'istituto della legittimazione ad agire si intreccia con l'interesse ad agire, acquisendo consistenza e foggandosi proprio sulla base dell'essenza di quest'ultimo.

Ed allora, con riferimento all'elemento dell'interesse ad agire, può osservarsi come nessun dubbio, in ordine alla sua configurabilità, risulti prospettabile nel caso in cui l'atto abbia prodotto effetti materiali; ipotesi, questa, ad esempio verificabile qualora l'amministrazione dia concreta esecuzione ad un provvedimento nullo.

In tal caso, invero, la possibilità di rimozione, in sede giurisdizionale, degli effetti materiali discendenti dalla predetta esecuzione è, ovviamente, legata alla declaratoria di nullità del provvedimento.

La configurabilità dell'interesse ad una pronunzia di accertamento del giudice, ordinario o amministrativo, non è, però, esclusivamente

¹⁰⁴ Cfr. RAMAJOLI M., *Nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, in www.giustamm.it.

subordinata alla produzione, da parte del provvedimento nullo, di effetti materiali.

Si consideri, infatti, che anche l'apparente efficacia di un provvedimento potrebbe risultare pregiudizievole sia nel campo dei diritti soggettivi che in quello degli interessi legittimi¹⁰⁵.

Basti pensare, come esattamente osservato in dottrina, “al caso del provvedimento espropriativo nullo che colpisca un immobile che il privato ha in animo di vendere, con immaginabili effetti sulla concreta commerciabilità del bene”¹⁰⁶.

Qui, invero, il pregiudizio che abilita alla proposizione della domanda di accertamento non deve necessariamente discendere dalla materiale attuazione della determinazione amministrativa, ma può derivare anche dalla mera parvenza di efficacia dell'atto e, dunque, dall'apparente nuovo assetto di interessi venutosi a creare dopo l'emanazione dello stesso.

Ma non è solo il campo dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi oppositivi quello in cui può manifestarsi un interesse ad una azione di nullità provvedimentoale.

¹⁰⁵ Diversa sembra essere, invece, la posizione di D'ANGELO L., *Nullità del provvedimento amministrativo*, cit.. Osserva l'autore: “Resta da chiarire quale rimedio processuale spetti al privato a fronte di provvedimenti viziati per difetto assoluto di potere o per assenza di elementi essenziali... Alla luce della riconduzione di dette nullità provvedimentoali ad ipotesi di inesistenza, non può che essere affermata una carenza di interesse in capo al privato che insorga contro le stesse. Se l'atto è giuridicamente irrilevante, dunque inidoneo alla produzione di qualsivoglia effetto, nessun pregiudizio dallo stesso sembra scaturire al privato, con conseguente inconfigurabilità di un interesse ad agire”.

¹⁰⁶ ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità*, cit..

Ed infatti, anche con specifico riferimento all'ambito degli interessi pretensivi, è configurabile un interesse ad una pronunzia dichiarativa della nullità.

In questo caso, però, investendo la pronunzia di nullità un diniego di un provvedimento ampliativo, l'interesse ad agire assume un connotato peculiare, in quanto discende dal fatto che tale pronunzia obbliga, nuovamente, l'autorità amministrativa ad esprimersi sulla pretesa¹⁰⁷.

Per concludere, può sottolinearsi che il valore del bene giuridico costituito dalla certezza delle situazioni oggetto dell'intervento della pubblica amministrazione impone di affermare l'esperibilità, davanti al giudice ordinario ed a quello amministrativo, delle azioni di nullità dirette ad eliminare ogni stato di obbiettiva incertezza discendente dalla apparente validità del provvedimento¹⁰⁸. Soluzione, questa, perfettamente in linea con i principi consacrati negli articoli 24 e 113 della Costituzione.

¹⁰⁷ Cfr. CARINGELLA F., *Corso di Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, cit., 1814.

¹⁰⁸ Cfr. CAPOZZI S., *L'invalidità*, cit., 39-40.