

# La patologia del provvedimento amministrativo: la nullità

**Autore:** Passanisi Silvia

**In:** Diritto amministrativo

## 1. Introduzione

La patologia dell'atto giuridico in generale individua la difformità dell'atto rispetto al paradigma normativo di riferimento. Con particolare riferimento al provvedimento amministrativo, è possibile distinguere diverse categorie patologiche, a seconda del tipo di discordanza dell'atto dallo schema legale corrispondente.

L'irregolarità del provvedimento amministrativo ricorre in presenza di anomalie lievi dell'atto, per lo più di carattere formale, inidonee ad incidere sulla validità e sulla piena efficacia di esso.

Diversamente, si parla di inopportunità del provvedimento nel caso di vizi di merito, i quali, attenendo al contenuto dell'atto ed agli interessi in esso consacrati, consentono un intervento sul provvedimento ad opera della P.A., in via di autotutela, e del giudice, nei casi di giurisdizione estesa al merito.

La categoria dell'invalidità, invece, comprende l'annullabilità, che ricorre in presenza dei tradizionali vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, e la nullità, la quale si riscontra in presenza di vizi dell'atto più gravi rispetto a quelli che darebbero luogo alla mera annullabilità.

Discussa è, infine, l'ammissibilità della categoria dell'inesistenza del provvedimento amministrativo,

nonché la delimitazione dei suoi confini con la nullità: nel caso dell'inesistenza, infatti, ricorrerebbe il vizio più grave del provvedimento, andandosi al di là della patologia dell'atto amministrativo, in quanto mancherebbe lo stesso esercizio del pubblico potere.

## 2. La nullità

La nullità è uno degli stati patologici del provvedimento amministrativo. Prima dell'intervento di riforma del 2005, a causa della mancanza di una disciplina positiva che regolasse gli aspetti sostanziali dell'invalidità dell'atto amministrativo, era sorto in dottrina ed in giurisprudenza un ampio dibattito circa l'ammissibilità della figura della nullità nel diritto amministrativo e il regime giuridico ad essa applicabile.

Partendo dalle norme regolanti il processo amministrativo, si riteneva che la sanzione tipica prevista per l'invalidità del provvedimento amministrativo fosse soltanto l'annullabilità, disposta giudizialmente nei casi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, ai sensi dell'art. 26 T.U. Consiglio di Stato e dell'art. 2 l. Tar. In tale cornice normativa, il rimedio dell'annullabilità sembrava quello più idoneo a soddisfare le esigenze di stabilità e di certezza dell'azione amministrativa, poiché esso consentiva la stabilizzazione degli effetti dell'atto amministrativo non tempestivamente contestato.

Tuttavia, esigenze di coerenza sistematica e la necessità pratica di offrire una tutela più intensa ai privati nei confronti della P.A., attraverso una gradualità delle sanzioni, spinsero la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sull'ammissibilità nel diritto amministrativo di altre tipologie di vizi, già conosciute al diritto civile, quali la nullità, l'inesistenza e la irregolarità.

Videro contendersi il campo due opposti orientamenti: da un lato, si posero i fautori della teoria c.d. negoziale; dall'altro, i sostenitori della teoria c.d. autonomistica.

Secondo il primo orientamento, il provvedimento amministrativo andava ricostruito in termini negoziali e andava applicata l'intera gamma delle invalidità previste dal codice civile. Tale tesi si fondava sulla posizione attribuita al diritto privato nell'ordinamento, considerato come diritto generale, comune a qualunque branca dell'ordinamento, applicabile in assenza di espresse previsioni in deroga. L'atto amministrativo poteva, quindi, essere considerato affetto da nullità virtuale, strutturale e testuale, alla stregua del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c. Ne conseguiva l'applicazione dell'intero regime giuridico della nullità civilistica, caratterizzata dall'imprescrittibilità, dalla non convalidabilità, dalla rilevabilità d'ufficio, dall'impugnabilità da parte di qualunque interessato e dall'emanazione di una pronuncia dichiarativa.

In base al secondo orientamento, invece, non era possibile la pedissequa applicazione al provvedimento amministrativo delle coordinate civilistiche, non potendo l'atto amministrativo essere assimilato al contratto, a causa della radicale diversità di funzioni da essi svolte nei relativi sistemi di riferimento: il contratto è per definizione lo strumento attraverso cui si esplica l'autonomia privata; l'atto amministrativo è lo strumento con cui la P.A. esercita un'attività funzionalizzata all'interesse pubblico e quindi non libera nei fini, ma solo discrezionale. Ne conseguiva che, accanto all'annullabilità, che rappresentava la sanzione tipica e generale dell'atto amministrativo, si poteva porre come unica alternativa per le violazioni più gravi non la nullità, bensì l'inesistenza, la quale ricorreva nei casi di carenza di potere della P.A. o di deficienza strutturale talmente grave da non poter nemmeno qualificare il provvedimento come tale in rerum natura. Tale impostazione aggiungeva, inoltre, che anche le ipotesi di nullità testuale, espressamente previste dal legislatore in talune fattispecie settoriali, erano da considerarsi invero come ipotesi di annullabilità, ritenendosi che il termine "nullità" fosse stato utilizzato dal legislatore impropriamente, non in senso tecnico.

Pur partendo dalle premesse della tesi pubblicistica, la giurisprudenza aveva accolto una impostazione mediana tra la tesi negoziale e la tesi autonomistica, ammettendo nella dogmatica della patologia dell'atto amministrativo, accanto all'annullabilità, anche la nullità strutturale e testuale. Non trovavano spazio,

tuttavia, nel diritto amministrativo le c.d. nullità virtuali, sancite dall'art. 1418, 1° comma, c.c., nel caso di violazione di norme imperative. Le norme che disciplinano l'azione amministrativa - si affermava - sono tutte norme imperative, in quanto trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost., e sono assistite dalla sanzione generale dell'annullabilità per violazione di legge, a differenza di quanto accade nel diritto civile. Tale divergenza di disciplina trova fondamento nell'esigenza, propria solo del diritto amministrativo, di assicurare stabilità al provvedimento amministrativo, il quale non può tollerare di essere rimesso in discussione senza limiti temporali, se pur nel caso di violazione di norme imperative, pena l'instabilità e l'incertezza perenne dell'azione amministrativa.

L'impostazione mediana della giurisprudenza è stata poi accolta dalla riforma della l. 15/2005, che ha introdotto l'art. 21 septies nella l. 241/90, codificando l'istituto della nullità del provvedimento amministrativo, sul rilievo dell'inadeguatezza di un sistema volto ad applicare il regime giuridico dell'annullabilità anche ai provvedimenti affetti da vizi più gravi.

La norma, individuando specificamente le cause di nullità, seppur con un'elencazione per categorie, ed omettendo la nullità virtuale, in continuità con quanto fatto dalla precedente giurisprudenza, ha attribuito alla nullità la natura di rimedio tipico, in contrapposizione all'annullabilità, la quale resta la forma generale di invalidità del provvedimento amministrativo. In tal modo, il legislatore ha mostrato di voler delineare una categoria di nullità con caratteristiche peculiari rispetto a quella civilistica, facendosi carico di quelle esigenze di stabilità e di certezza dell'azione amministrativa che consigliavano di ritenere eccezionali le ipotesi di vizio radicale dell'atto amministrativo.

Tuttavia, restando esclusa dall'intervento riformatore la categoria dell'inesistenza e non avendo la nuova norma chiarito il regime giuridico applicabile, si è riproposta la questione relativa all'individuazione della natura giuridica della nuova nullità e alla possibilità di distinguere sul piano concettuale la nullità dall'inesistenza. La giurisprudenza pregressa, infatti, pur accogliendo la categoria della nullità nel diritto amministrativo, usava indifferentemente i due concetti, parlando di nullità/inesistenza per indicare gli stati patologici del provvedimento implicanti la sua inefficacia originaria, declinando la nullità amministrativa in modo diverso da quella civilistica.

In particolare, la teoria c.d. causalistica era contraria alla distinzione concettuale tra nullità ed inesistenza. Essa muoveva dal presupposto che un atto più dirsi giuridicamente rilevante soltanto se l'ordinamento vi ricollega la produzione di effetti; se il provvedimento non è idoneo a produrre effetti, sia che l'inefficacia derivi dall'inesistenza materiale dell'atto, sia che derivi dalla scelta dell'ordinamento di sanzionare una grave anomalia dell'atto stesso, esso non può dirsi giuridicamente esistente. Con la conseguenza che, in punto di giurisdizione, nel caso di atto originariamente inefficace, incapace come tale di degradare i diritti soggettivi in interessi legittimi, la giurisdizione sarebbe spettata al G.O. Tale concezione trovava fondamento nella teoria dell'affievolimento, al fine di offrire una tutela più intensa all'interesse legittimo, contrabbandato da diritto soggettivo, in un'epoca in cui il riconoscimento della piena tutela dell'interesse legittimo come posizione sostanziale autonoma non era stata ancora pienamente realizzata.

Tuttavia, la dottrina più recente c.d. realistica, supportata anche dal nuovo dato normativo, ha inteso separare concettualmente il profilo dell'esistenza da quello dell'invalidità dell'atto, partendo in primo luogo dalla critica alla concezione effettuale, che fa derivare l'esistenza dell'atto dalla produzione di effetti. Si è infatti sostenuto che, già dal punto di vista logico, l'efficacia è un predicato dell'esistenza, in quanto un atto può dirsi in grado di produrre effetti solo se giuridicamente esistente. Ciò che conta cioè è la c.d. rilevanza giuridica dell'atto, ossia la sua sussumibilità nello schema astratto definito dalla norma giuridica che lo prevede, indipendentemente dalla sua idoneità concreta a produrre effetti. Ne consegue che l'inesistenza è definita in termini negativi come impossibilità di qualificare il provvedimento come tale, per carenza del potere di cui l'atto dovrebbe essere manifestazione. Si assiste, quindi, ad un superamento della teoria dell'affievolimento e delle esigenze di tutela ad essa sottese e si riconducono le ipotesi di nullità dell'atto amministrativo a fattispecie di cattivo uso del potere, cioè ipotesi in cui sussiste il potere pubblicistico, ma esso si presenta gravemente viziato, con conseguente attribuzione della giurisdizione in capo al G.A.

E l'art. 21 septies sembra aver recepito tale distinzione concettuale. Esso ha considerato la nullità come forma di invalidità del provvedimento amministrativo, non di inesistenza, e l'ha disegnata sulla nullità civilistica, pur mantenendone le peculiarità necessarie a soddisfare la funzione pubblica del provvedimento. Ciò appare evidente passando in rassegna le diverse cause di nullità tipizzate dalla norma.

Pertanto, ritenuta ammissibile la distinzione concettuale tra le due fattispecie, anche alla luce della codificazione della sola nullità operata dall'art. 21 septies, i confini delle due categorie sono stati ridisegnati dalla giurisprudenza e molte fattispecie concrete sono refluite dall'una all'altra categoria giuridica.

Restano ipotesi di inesistenza quella del provvedimento abnorme, che presenti una deficienza strutturale radicale ed eclatante da essere evidentemente privo di rilevanza giuridica, come ad esempio il caso dell'atto adottato ioci o docendi causa. Analogamente nel caso di provvedimento adottato dall'usurpatore di pubbliche funzioni, secondo l'impostazione prevalente, in quanto manca la provenienza dell'atto dal soggetto pubblico. Viene, di contro, inquadrata tra le ipotesi di nullità, non più di inesistenza, quella del provvedimento privo di sottoscrizione, quando la stessa sia richiesta come forma ad substantiam dalla legge, restando una mera irregolarità negli altri casi, purchè ne sia identificabile l'autore. Così come sono nulli, per espressa menzione normativa, i provvedimenti posti in essere in violazione o elusione del giudicato.

## 2.1

In primo luogo, l'art. 21 septies ha introdotto nell'ambito dell'invalidità amministrativa la categoria della nullità strutturale, parlando di "mancanza dei requisiti essenziali dell'atto". Tuttavia, in mancanza di una norma analoga all'art. 1325 c.c., che definisca quali siano gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, si è riproposto in giurisprudenza il dibattito che aveva interessato gli anni precedenti la codificazione. La giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto inadeguata l'applicabilità tout court delle coordinate civilistiche al provvedimento amministrativo, in quanto le peculiarità di esso, funzionalizzato all'interesse pubblico, suggeriscono di ritenere rilevanti altri elementi non previsti per il contratto, quali il soggetto, che deve essere dotato di potere autoritativo, e la finalità, conforme a quella prescritta dalla legge attributiva del potere funzionale. Il dibattito giurisprudenziale si è, quindi, assestato sull'esame della volontà, della causa, della forma, dell'oggetto, già previsti dalla norma civilistica, nonché sul

soggetto dell'atto.

In particolare, quanto alla volontà, si è affermato che la mancanza di essa è certamente causa di nullità dell'atto, mentre il vizio che la colpisce va inquadrata tra le cause di annullabilità. Quanto alla forma, essa è ritenuta elemento essenziale solo se prevista ad substantiam dalla legge, negli altri casi costituendo, invece, causa di mera irregolarità del provvedimento. Quanto alla causa, essa costituisce certamente elemento essenziale, identificandosi nel fine pubblico per la cui cura è attribuito il pubblico potere. Quanto al soggetto, la mancanza di potere in capo al soggetto che emana il provvedimento dà luogo alla c.d. usurpazione di potere, la quale è causa di nullità o di inesistenza, a seconda che l'usurpatore abbia ingenerato o meno un legittimo affidamento nel destinatario dell'atto. Infine, quanto all'oggetto, mentre la totale mancanza di esso costituisce ipotesi di nullità, la diversità dell'oggetto per qualità o quantità, rispetto a quello indicato nell'atto, costituisce semplicemente un'ipotesi di annullabilità.

## 2.2

La seconda causa di nullità prevista dall'art. 21 septies è il "difetto assoluto di attribuzione". Tale espressione ha dato luogo a diverse soluzioni interpretative, volte ad individuare la portata del vizio in esame. In particolare, ci si è interrogati sulla possibilità di comprendere in tale ipotesi di nullità la c.d. carenza di potere, istituto creato dalla giurisprudenza della Cassazione in epoca anteriore, non espressamente ricompreso nel disposto dell'art. 21 septies.

Nella prima ricostruzione dell'istituto, fatta dalla Cassazione nel 1949, la carenza di potere ricorreva nel caso in cui il provvedimento fosse stato adottato da una P.A. totalmente priva del potere, o perché appartenente ad altro plesso amministrativo (ipotesi qualificata di incompetenza assoluta) o perché appartenente ad altro potere dello Stato. Successivamente, la stessa Cassazione aveva ampliato la nozione, aggiungendo alla carenza per inesistenza del potere (c.d. carenza in astratto), l'ipotesi in cui vi

fosse una norma attributiva del potere, ma la P.A. lo esercitasse travalicandone i limiti e le condizioni di esistenza (c.d. carenza in concreto). La giurisprudenza di legittimità qualificava la carenza di potere come causa di nullità/inesistenza, idonea a giustificare l'attribuzione della giurisdizione al G.O., in quanto il provvedimento emanato in mancanza del potere era certamente ab origine inefficace e come tale incapace di degradare le posizioni del privato da diritto soggettivo ad interesse legittimo. In senso difforme si era, invece, espressa la giurisprudenza amministrativa, la quale riteneva che la carenza di potere in concreto fosse in realtà un caso di "cattivo uso" del potere, assoggettato alla giurisdizione del G.A., poiché in tale fattispecie si ha esercizio di potere autoritativo, attribuito da una norma, ma non correttamente esercitato dalla P.A., e soggetto quindi ad annullabilità.

Alla luce del nuovo quadro normativo, secondo una prima ricostruzione, il legislatore con l'espressione difetto "assoluto" di attribuzione ha inteso escludere dalle cause di nullità le ipotesi in cui il difetto sia solo "relativo", cioè le ipotesi in cui sussiste la norma attributiva del potere, ma la P.A. ne travalica i limiti nel suo esercizio. Sarebbe, pertanto, causa di nullità soltanto la carenza di potere in astratto e l'incompetenza assoluta, non anche la carenza di potere in concreto, la quale resterebbe soggetta alla giurisdizione del G.A., costituendo un'ipotesi di cattivo uso del potere.

Secondo un orientamento minoritario della dottrina, invece, nel difetto assoluto di attribuzione vi rientrerebbe soltanto la carenza di potere in astratto, con esclusione dell'incompetenza assoluta e della carenza di potere in concreto, le quali, essendo entrambe caratterizzate dall'esistenza del potere pubblicistico, resterebbero soggette alla giurisdizione del G.A.

Infine, altro orientamento ha ritenuto di ricomprendere nel difetto assoluto di attribuzione la sola ipotesi dell'incompetenza assoluta, con esclusione della carenza di potere in astratto, che costituirebbe un caso di inesistenza del provvedimento amministrativo. Ciò in quanto, l'espressione "attribuzione" usata dal legislatore evoca un vizio nella distribuzione del potere, il quale è quindi esistente, analogamente a quanto accade per la carenza in concreto del potere: entrambe le fattispecie sarebbero riconducibili nell'alveo del cattivo uso del potere, con attribuzione della giurisdizione al G.A.

## 2.3

La terza causa di nullità prevista dall'art. 21 septies è rappresentata dalla "violazione o elusione del giudicato". Viene definitivamente superata la distinzione tra atti violativi e atti elusivi del giudicato, delineatasi precedentemente alla riforma. La giurisprudenza, infatti, distingueva tra comportamenti inerti od elusivi della P.A., denunciabili in sede di ottemperanza, e comportamenti violativi del giudicato, impugnabili soltanto in sede di giudizio di annullamento. Tale ricostruzione sembrava, tuttavia, frustrare la stessa funzione conformativa del giudizio di ottemperanza, il quale mira proprio a garantire la puntuale esecuzione del giudicato, indipendentemente dalle modalità con cui la P.A. se n'è discostata nella riedizione del potere autoritativo.

La norma ha accolto gli esiti del dibattito giurisprudenziale e ha valorizzato l'oggetto proprio del giudizio di ottemperanza, equiparando le due fattispecie, sia sul piano della qualificazione giuridica in termini di nullità sia sul piano sanzionatorio. Tuttavia, problemi interpretativi ha posto il 2° comma dell'art. 21 septies, che prevede espressamente per tali fattispecie l'attribuzione della giurisdizione al G.A. esclusivo.

La dottrina ha fortemente criticato la norma, ritenendola superflua. La devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie relative a provvedimenti contrastanti col giudicato era già individuabile in base alla normativa vigente, senza necessità di apposita previsione normativa. Anzi, il fatto che la norma parli solo di giurisdizione esclusiva del G.A. e non faccia alcun riferimento al giudizio di ottemperanza, né alla giurisdizione di merito, potrebbe far pensare che le questioni relative alla violazione ed elusione del giudicato siano sottratte al giudizio di ottemperanza, dovendo il privato agire prima dinnanzi al G.A. in sede esclusiva per far valere la nullità, e dopo in sede di ottemperanza, per ottenere la conformazione al giudicato. Ne risulterebbero vanificati gli sforzi fatti in passato dalla giurisprudenza per offrire maggiori spazi di tutela alla pretesa sostanziale del privato.

Appare preferibile ritenere che il legislatore con tale previsione normativa abbia inteso semplicemente confermare la giurisdizione del G.A. in materia di giudicato, facendo implicito rinvio alla disciplina del giudizio di ottemperanza, nel quale il G.A. agisce certamente in via esclusiva e di merito, al fine di assicurare la puntuale esecuzione del giudicato, qualunque sia il tipo di condotta tenuta dall'amministrazione a seguito della sentenza, inerte, violativa o elusiva.

## 2.4

Ultima causa di nullità prevista dall'art. 21 septies è quella della nullità testuale. Il legislatore ha risolto il pregresso dibattito circa la natura giuridica delle fattispecie di nullità tipizzate in ambiti settoriali del diritto amministrativo, le quali erano state considerate come ipotesi di annullabilità, nelle quali il legislatore aveva impropriamente utilizzato il termine "nullità".

Esse sono oggi riconosciute come autentiche nullità testuali, come il caso della nullità degli atti adottati oltre il periodo di prorogatio dagli organi decaduti, ai sensi della l. 444/94; il caso dell'assunzione nel pubblico impiego senza concorso, ai sensi del T.U. del 1957; il caso degli accordi ex art. 11 l. 241/90 privi della forma scritta.

## 3 Problemi applicativi

Il legislatore della riforma, se pur espressamente categorizza la nullità attraverso la disposizione dell'art. 21 septies, non si preoccupa di introdurre una disciplina giuridica degli effetti di essa né di specificare il

regime giuridico applicabile in relazione alla giurisdizione.

Il silenzio della norma viene considerato dalla maggioranza degli interpreti come una scelta del legislatore di rinviare alla disciplina dettata dal codice civile: trattasi, invero, di operazione non priva di problemi applicativi, se si tiene conto delle peculiarità del provvedimento amministrativo e delle insopprimibili diversità dall'atto giuridico di diritto civile.

### 3.1 La giurisdizione

L'espressa previsione normativa della giurisdizione esclusiva del G.A. per la sola ipotesi della nullità per violazione o elusione del giudicato ha posto il problema della corretta individuazione della giurisdizione negli altri casi di nullità.

Secondo una prima impostazione, la giurisdizione sarebbe sempre del G.O., indipendentemente dalla posizione giuridica soggettiva, sia essa di interesse legittimo pretensivo o oppositivo. Ciò in quanto, in caso di provvedimento nullo, inefficace ab origine, sussisterebbe sempre una posizione di diritto soggettivo che non potrebbe essere in alcun modo incisa da un provvedimento improduttivo di effetti.

Secondo la giurisprudenza prevalente, tuttavia, per risolvere il problema del riparto, occorrerebbe guardare alla posizione giuridica soggettiva del privato: nel caso di interessi oppositivi, l'inefficacia originaria del provvedimento lascia impregiudicata la posizione di diritto soggettivo del privato, con attribuzione della giurisdizione al G.O.; nel caso di interessi pretensivi, l'inefficacia dell'atto lascia residuare l'originaria posizione soggettiva di interesse legittimo, che dovrà essere conosciuta dal G.A.

Altra impostazione, invece, superando la concezione tradizionale della teoria dell'affievolimento e traendo spunto anche dalle decisioni della Corte Costituzionale 204/2004 e 191/2006, ha affermato che è l'esistenza in astratto del potere a costituire il fondamento costituzionale della giurisdizione amministrativa e del riparto. Pertanto, a fronte dell'esercizio del potere amministrativo, se pur in modo invalido, la posizione vantata dal privato è sempre di interesse legittimo, indipendentemente dal tipo di vizio da cui è affetto l'atto che costituisce esercizio del potere. Il G.A., come giudice della funzione, sarebbe quindi chiamato a giudicare sull'esercizio del potere.

### 3.2 Ammissibilità dell'azione dichiarativa della nullità

L'introduzione della nullità tra le forme di invalidità provvedimentoale ha posto non solo il problema del riparto di giurisdizione, ma anche vari problemi applicativi, connessi all'ammissibilità nel processo amministrativo di un'azione diretta all'accertamento di essa. In primo luogo ci si è chiesti se sia ammissibile una pronuncia dichiarativa nel processo amministrativo, al di fuori dei casi espressamente previsti (come in materia di silenzio), posto che la legge attribuisce espressamente al giudice amministrativo solo poteri cognitori diretti all'annullamento del provvedimento.

Per vero, il problema si era già posto prima della riforma del 2005 e la soluzione era stata negativa, mancando referenti normativi sostanziali e processuali che consentissero al giudice di adottare una pronuncia dichiarativa della nullità. Tuttavia, i casi in cui concretamente poteva presentarsi il problema erano molto limitati: essendo contestata la stessa configurabilità della nullità quale forma di patologia del provvedimento, le ipotesi che venivano in rilievo erano solo quelle delle nullità testuali, in presenza delle quali la giurisprudenza riteneva che il giudice disponesse dei medesimi poteri conferiti in via generale per la cognizione degli atti illegittimi, costituendo la nullità nient'altro che una forma più grave di illegittimità del provvedimento. Il privato doveva impugnare l'atto nullo in un giudizio tipicamente impugnatorio, in cui l'interesse ad agire si modellava sull'utilità ritraibile dalla caducazione dell'atto e dei suoi effetti. Posto che l'atto nullo è un atto originariamente improduttivo di effetti, inidoneo a ledere la sfera giuridica del

privato, il giudizio doveva necessariamente concludersi con una pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse. Il contenuto sostanziale di accertamento della nullità restava sullo sfondo della pronuncia, ma la giurisprudenza ammetteva che potesse far stato tra le parti, nonostante si trattasse di una pronuncia formalmente di rito: ciò consentiva al privato di agire in ottemperanza per la rimozione degli eventuali effetti materiali derivanti dall'esecuzione del provvedimento e di ricevere quindi una certa forma di tutela.

Il riconoscimento legislativo della nullità come categoria patologica dell'atto amministrativo avrebbe dovuto automaticamente condurre all'ammissibilità anche nel giudizio amministrativo dell'azione di nullità e della relativa sentenza di accertamento, in attuazione del principio della strumentalità del processo alla tutela sostanziale. Tuttavia, la giurisprudenza successiva alla riforma si è mostrata cauta sul punto.

Un primo orientamento, rimasto minoritario, ha optato per la soluzione negativa, affermando che il ricorso proposto per la declaratoria di nullità conduce ad una sentenza di inammissibilità per difetto di interesse, il cui contenuto sostanziale di accertamento della nullità è idoneo a far stato tra le parti. In mancanza di una norma processuale che attribuisca al giudice poteri di mero accertamento, la nullità può essere fatta valere dal privato solo nell'ambito di un giudizio tipicamente impugnatorio, in cui l'interesse ad agire si modella sull'utilità ritraibile dalla caducazione dell'atto e dei suoi effetti. E, posto che l'atto nullo è un atto originariamente improduttivo di effetti, inidoneo a ledere la sfera giuridica del privato, il giudizio non può che concludersi con una pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse.

L'orientamento prevalente, invece, ha ritenuto che non esistono ostacoli di natura processuale all'esperibilità di azioni dichiarative, in quanto ogni attività giurisdizionale, anche di condanna e costitutiva, contiene in sé una certa dose di accertamento, il quale deve ritenersi quindi rientrante tra i poteri del giudice amministrativo senza necessità di alcuna espressa previsione normativa. Inoltre, non può sostenersi che l'improduttività originaria degli effetti dell'atto amministrativo conduca ad un difetto di interesse ad agire, potendo il privato avere comunque un interesse concreto alla pronuncia di nullità, ove il provvedimento nullo sia portato ad esecuzione dalla P.A. Non riconoscere la possibilità di esperire l'azione di accertamento della nullità significherebbe disconoscere il principio di strumentalità del processo al diritto sostanziale e negare idonea tutela al privato proprio nei casi di vizi più gravi del provvedimento.

Una terza opzione interpretativa, pur condividendo le premesse dell'orientamento prevalente, perviene a conclusioni diverse, in quanto ritiene che il giudizio debba concludersi con una pronuncia di annullamento dell'atto nullo. Essa si fonda sulla considerazione che, anche se le disposizioni del codice di procedura civile sono espressione di un principio generale, le norme sul processo amministrativo costituiscono una deroga specifica all'ammissibilità di sentenze dichiarative della nullità. Inoltre, la pronuncia di annullamento sarebbe comunque pienamente idonea a garantire tutela al privato, eliminando dal mondo giuridico il provvedimento nullo.

### 3.2 Termine per rilevare la nullità

Connessa alla questione suesposta è quella relativa al termine entro cui può essere fatta valere la nullità.

Secondo la tesi tradizionale, di stampo pubblicistico, la limitazione temporale dell'impugnazione, attraverso un termine di decadenza, costituirebbe una condizione indefettibile del giudizio amministrativo, volta a garantire la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa.

Altra impostazione, tuttavia, mutuando il regime giuridico del diritto civile, ritiene applicabile la regola civilistica dell'imprescrittibilità: essa non contrasterebbe, infatti, con l'esigenza di stabilità dell'agere pubblicistico, essendo l'atto nullo improduttivo di effetti ab origine.

L'impostazione mediana, infine, ritiene applicabile la prescrizione ordinaria decennale, ritenendo comunque necessario apporre un limite, anche se non troppo breve, a garanzia della stabilità dell'azione amministrativa.

### 3.3 Rilevabilità d'ufficio della nullità

Altra questione è quella relativa alla rilevabilità d'ufficio della nullità.

Se si afferma che l'impugnazione della nullità debba avvenire nel termine decadenziale, la rilevazione officiosa deve certamente escludersi se la nullità non sia stata fatta valere, entro il termine, dal soggetto interessato. Se si ritiene che non operi il termine decadenziale, la rilevazione d'ufficio deve comunque essere coordinata con il principio della domanda, ai sensi dell'art. 112 c.p.c.

In particolare, secondo l'orientamento prevalente, occorre distinguere a seconda che il privato agisca per chiedere l'esecuzione del provvedimento o l'annullamento di esso.

Nel primo caso, il giudice può rilevare d'ufficio la nullità, in quanto le vicende relative alla validità del provvedimento possono ritenersi ricomprese nel thema decidendum su cui il giudice deve pronunciarsi. Nel secondo caso, invece, il giudice non può rilevare la nullità qualora il privato abbia agito per chiedere l'annullamento di un atto in realtà nullo, in quanto tale pronuncia del giudice travalicherebbe i limiti della domanda, in violazione dell'art. 112 c.p.c.

**Avv. Silvia Passanisi**

## **BIBLIOGRAFIA**

R. Garofoli - G. Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, II Ed., Nel diritto Editore, 2009

R. Chieppa - V. Lopilato, Giurisprudenza amministrativa, Giuffrè, 2009

F. Caringella, Lezioni e Sentenze di diritto amministrativo, II Ed., Dike, 2008

F. Caringella, Manuale di diritto amministrativo, II Ed., Giuffrè, 2007

<https://www.diritto.it/la-patologia-del-provvedimento-amministrativo-la-nullita/>