

# LA NULLITA', LE NULLITA' E ... ITACA. PROLEGOMENI ALLO STUDIO DELLA NULLITA' DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO\*.

Di Giancarlo Filanti

**SOMMARIO: 1. Prologo.- 2. La nullità nel linguaggio comune e nell'esperienza giuridica. – 3. Inesistenza e nullità del negozio. – 4. Nullità e annullabilità del negozio e del provvedimento. – 5. La carenza di potere: elementi essenziali e presupposti. – 6. Violazione di norme imperative. – 7. Il termine decadenziale. – 8. Epilogo**

## 1. Prologo.

La nullità ha rappresentato nel diritto amministrativo una sorta di tabù, anche lessicale, a salvaguardia dell'unicità della patologia del provvedimento amministrativo, individuata nella illegittimità-annullabilità<sup>1</sup>.

Gli effetti precari si consolidano se il privato non impugna il provvedimento entro sessanta giorni. Tutela debole, si è detto: sicuramente non piena ed effettiva (art. 1 CPA).

A tale squilibrio della posizione del privato nei confronti della p.a., da tempo lamentato<sup>2</sup>, il legisla-

tore ha inteso porre rimedio affiancando all'annullabilità la nullità (art. 21 septies L. 241/1990, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15)<sup>3</sup>.

Tecnicamente è così colmato un vuoto nel trattamento dei vizi del provvedimento. Allo stesso tempo è aperta una strada verso la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che spetta all'interprete esplorare, percorrere.

L'unicità della qualificazione legale dei vizi in termini di illegittimità-annullabilità induceva a negare rilevanza giuridica soltanto al provvedimento affetto da vizi macroscopici, del quale il legislatore non si occupava in quanto giuridicamente inesistente<sup>4</sup>.

\* Lo scritto riproduce, con modifiche marginali e con l'aggiunta di note essenziali, un mio discorso agli allievi della Scuola dottorale, tenuto il 24 maggio 2012 nell'Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari.

<sup>1</sup> B. SASSANI, *Arbor actionum – L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. process.*, 2011, p. 1380, sottolinea la novità del rimedio, evocato dalla dottrina e "cautamente abbordato" dalla giurisprudenza. I casi sporadici in cui il legislatore aveva parlato di nullità (ad es. art. 288 del Testo Unico della legge comunale e provinciale del 1934) erano stati ricondotti dal Consiglio di Stato all'ortodossia, ossia alla annullabilità: R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano 1990, p. 117 ss.

<sup>2</sup> La dottrina amministrativistica aveva tentato di attenuare tale squilibrio "ampliando lo spettro delle ipotesi riconducibili all'inesistenza" (R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., p. 186 ss.) o accogliendo una nozione di nullità dell'atto amministrativo autonoma da quella civilistica (D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 13 ss.; R. CHIEPPA, *Il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009, §3).

<sup>3</sup> Dando così concretezza al principio di effettività della tutela attuata attraverso la giurisdizione amministrativa: art. 1 CPA.

<sup>4</sup> Sull'inesistenza del provvedimento amministrativo, oltre alla monografia di CARANTA, v. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 69 ss.



La nullità si collocherebbe in una zona intermedia: qualificazione negativa estrema oltre la quale si deve parlare di inesistenza<sup>5</sup>.

Oppure, configurazione ragionevole, la nullità assorbirebbe l'inesistenza, della quale accoglie espressamente l'ipotesi classica del difetto assoluto di attribuzione<sup>6</sup>.

L'inesistenza è figura dottrinale, mai nominata dal legislatore. Di qui l'esigenza di ricondurla all'ortodossia linguistica e concettuale, innanzitutto cambiandone il nome in nullità.

La quale è categoria logico-giuridica che sembra trascendere tempi e luoghi, evocando connotazioni tutte negative dell'atto, il cui archetipo è rappresentato dalla nullità contrattuale: inefficacia originaria, opponibilità ai terzi, insanabilità, azionabilità da parte di chiunque vi abbia interesse, imprescrittibilità, rilevabilità d'ufficio. La categoria, anche sul piano del diritto positivo, ha il fascino della negatività assoluta<sup>7</sup>.

Il legislatore della Novella ne è stato sedotto.

Così il fulcro delle cause di nullità, come per le nullità contrattuali, è rappresentato dall'assenza degli elementi essenziali<sup>8</sup>.

Quanto alla disciplina la norma tace.

Silenzio interpretato dalla giurisprudenza e da larga parte della dottrina come implicito rinvio alla disciplina della nullità del contratto in generale (articoli 1418 ss., c.c.)<sup>9</sup>.

Senonché l'incantamento si è dissolto.

Pochi anni dopo il Codice del processo amministrativo delinea alcuni profili di disciplina, fra i quali la decadenza dall'azione entro il termine breve di 180 giorni (art. 31, comma 4), suscitando la reazione concertata degli interpreti.

I quali si chiedono come possa conciliarsi simile previsione con la inefficacia radicale della quale l'imprescrittibilità dell'azione rappresenta un inevitabile corollario<sup>10</sup>.

La tesi del rinvio alla nullità contrattuale resta comunque ferma per gli altri aspetti della disciplina -legittimazione all'azione, sanabilità, tutela dei terzi- e per una corretta definizione di quelli previsti (perpetuità dell'opposizione e rilevabilità d'ufficio)<sup>11</sup>.

Soluzione non peregrina, in quanto basata sulla regola interpretativa dell'analogia, richiamata dallo stesso Consiglio di Stato.

L'operazione, la cui praticabilità è tutta da verificare, poggia su quell'idea di nullità di cui si è detto, dai tratti ben definiti, consolidata in un dogma per lungo tempo indiscusso.

Questa sorta di "monolite" presenta in realtà fessure, forse crepe, che la disciplina privatistica delle nullità di matrice comunitaria - cosiddette nullità di protezione - ha allargato sensibilmente<sup>12</sup>, ma già visibili nella disciplina complessiva delle nullità negoziali dettata dal codice civile<sup>13</sup>.

Stimolare una riflessione sul dogma e i suoi corollari.

A questo ambiscono i miei "Prolegomeni".

## 2. La nullità nel linguaggio comune e nell'esperienza giuridica.

Leibniz si chiede: perché ci occupiamo di qualcosa, mentre sarebbe più semplice occuparsi del niente?

<sup>5</sup> R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., passim, spec. 299 ss. E' la rappresentazione classica dell'inesistenza: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 242 ss.

<sup>6</sup> S. VINTI-D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 8 ss., dove si afferma che l'ampiezza delle previsioni regolanti la nullità non lascia spazio autonomo a difformità più gravi.

<sup>7</sup> V. mia voce *Nullità I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1.

<sup>8</sup> Che il legislatore omette di individuare. L'osservazione è comune: D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 20 ed ivi nota 50.

<sup>9</sup> La questione di una configurazione della nullità del provvedimento amministrativo autonoma dalla nozione civilistica, si poneva ben prima della riforma: v. autori citati nella nota 2. In quel contesto l'operazione di importazione culturale dalla nozione civilistica sembrava la più appropriata allo scopo di sottrarre all'amministrazione sacche di privilegio: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 65. Dopo la riforma prevale, soprattutto in giurisprudenza, la tesi dell'assimilazione alla nozione civilistica e quindi del rinvio alla disciplina del codice civile. Esempio, in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Orientamento peraltro costante: Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872, nell'applicare in via analogica le disposizioni del codice civile, esclude che l'azione di nullità sia soggetto a termine decadenziale, successivamente introdotto dal CPA (*infra* §7).

<sup>10</sup> B. SASSANI, "Arbor actionum", cit., p. 1383; V. LOPILATO, *Il processo amministrativo, Commentario al D.Lgs. 204/2010*, Milano, 2011, p. 321 s. Ritieni inecce che la nullità o le sue regole siano nella piena disponibilità del legislatore, F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 512.

<sup>11</sup> La dottrina prudentemente invita a non applicare la disciplina di diritto comune senza una verifica in termini di compatibilità: così D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 174. Già da tal senso, prima della riforma, A. BERTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 402 ss. Parla di imprescrittibilità dell'eccezione di nullità, T.A.R. Napoli Campania, Sez. III, 9 settembre 2011, n. 4355. Diffusamente sulla rilevanza d'ufficio, Cons. giust. amm. sic., 27 luglio 2012, n. 721.

<sup>12</sup> Mia voce *Nullità III) Nullità speciali*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 2004, p.2.

<sup>13</sup> Mio lavoro *Inesistenza e nullità il negozio giuridico*, Napoli, 1983, passim, spec. p. 43 ss.

I fisici, soprattutto gli studiosi delle particelle, sono in totale dissenso da Lebniz.

Essi sono affascinati dal nulla: ne sottolineano la complessità e la produttività. Basti pensare che gli atomi, ossia i componenti elementari della materia, sono vuoti al 99,999999 (non so quante volte) per 100. Ciò che resta è qualcosa.

Ma più in generale, scienziati di diverse discipline, dalla matematica, all'astrofisica, all'elettronica, non nutrono alcun dubbio in proposito: proprio da ciò che ci appare vuoto e privo di esistenza dipendono la realtà fisica e il nostro pensiero

Noi che non siamo filosofi né cultori di quelle scienze abbiamo del nulla un'idea angosciante (se non siamo sorretti dalla Fede): il nulla segue la fine della vita, è pura assenza di tutto ciò che conosciamo e percepiamo, il vuoto che resta se scompare l'esistente.

Un'idea relazionale. Questa stanza è vuota: non c'è nulla.

A considerazioni analoghe siamo indotti riguardo all'aggettivo "nullo".

Esso indica, coerentemente col significato etimologico, nec ullum, l'assenza di quel qualcosa che il sostantivo esprime.

L'attenzione è nulla, i rischi, le speranze, le possibilità sono nulle. Non c'è attenzione, non ci sono rischi, non c'è speranza, non ci sono possibilità.

Anche qui la nullità esprime vuoto, assenza, non essere, ossia inesistenza.

Possiamo arrivare alle stesse conclusioni per le espressioni "negoziario nullo", "provvedimento nullo"?

Osservo innanzitutto come, a differenza delle espressioni "in questa stanza non c'è nulla" "le possibilità sono nulle", il linguaggio utilizzato non riflette la nostra esperienza della realtà empirica.

"Negozio nullo" è costruzione della nostra mente, appartiene al linguaggio astratto; della realtà empirica segnala non già la percezione ma una rappresentazione. E' una figura iuris<sup>14</sup>.

Quindi, per stabilire se essa equivalga a "non c'è negozio", "il negozio non esiste", occorre portare l'osservazione in una diversa dimensione: quella che chiamiamo realtà giuridica.

Che talvolta recepisce, ma più spesso modifica, manipola la realtà empirica.

Da questo peculiare punto di vista, ci dobbiamo porre anzitutto una domanda. Perché il legislatore non parla di possesso nullo, usucapione nulla, accessione nulla? Anzi non si occupa affatto di pos-

sesto imperfetto, usucapione imperfetta, accessione imperfetta?

La risposta è semplice. Previsioni normative siffatte sarebbero inutili. Una volta che il legislatore ha delineato una fattispecie, o ricorre in concreto il fatto descritto e allora si producono gli effetti giuridici previsti, o il fatto non ricorre e gli effetti non si producono<sup>15</sup>.

Nella logica della fattispecie l'evenienza negativa, non vi è possesso, non vi è usucapione, non vi è accessione, ossia il "non fatto", non richiede previsione normativa, in quanto essa è mero corollario della evenienza positiva.

Evidentemente quando le imperfezioni riguardano il negozio, il provvedimento amministrativo, ma potremmo aggiungere la sentenza, la stessa legge, il legislatore non si affida alla logica della fattispecie, che non ammette risposte diverse dall'alternativa espressa nel binomio perfezione-imperfezione<sup>16</sup>.

Quegli atti sono essi stessi norme, in quanto hanno contenuto precettivo e funzione ordinante. Per questo loro valore meritano di essere conservati sebbene imperfetti<sup>17</sup>.

Il binomio perfezione-imperfezione e il corrispondente esito duale efficacia-inefficacia è a tal fine inadeguato.

Occorrono risposte diverse, graduate: nullità, annullabilità, forse inesistenza.

Certo l'abbandono della teoria della fattispecie e l'articolazione delle qualificazioni negative in nullità-annullabilità complica non poco il compito del legislatore e dell'interprete.

Tanto più ove si consideri che fra le cause di nullità del contratto ve ne è una, generale, la mancanza di requisiti cui corrisponde la mancanza degli elementi essenziali per il provvedimento, che sembra segnare un ineludibile ritorno alla imperfezione della fattispecie e in definitiva al non negozio, al non provvedimento<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 33 ss., con riferimento alla fattispecie negoziale. Che la critica all'inesistenza poggi essenzialmente sulla teoria della fattispecie è già chiaro in D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 84 ss. Sulla riconducibilità del negozio giuridico allo schema della fattispecie, resta fondamentale la monografia di B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958.

<sup>16</sup> Si vedano sul punto le fondamentali pagine di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, pp. 331 ss., 351 ss.; v. anche, mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 14 ss.

<sup>17</sup> La stretta connessione fra principio di conservazione e natura precettiva del negozio giuridico è già chiarita da A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939, p. 344 ss. V. anche mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 68ss.

<sup>18</sup> V. mia voce *Nullità*, cit., p. 1 ss.

<sup>14</sup> Mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 157 ss. Di "negoziario nullo" come fattispecie, parla N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 107 ss.



### 3. Inesistenza e nullità del negozio

Se nullità e annullabilità hanno un riscontro testuale, l'inesistenza non sembra tuttavia sfornita di giustificazione.

All'espressione "negozio nullo" si può attribuire il significato etimologico "nec ullum negotium" soltanto se con essa si vuole sottolineare un profilo che attiene all'efficacia: il negozio nullo, di per sé, non produce effetti giuridici.

Se "negozio nullo" sta invece ad indicare un elemento di (diversa) fattispecie o se ad esso è dedicata una specifica azione giudiziale, l'etimologia non soccorre.

Non si può dare della realtà (qui giuridica) una immagine puramente negativa. O, meglio, simile rappresentazione non ha valore conoscitivo.

Per individuare quell'elemento di fattispecie, per segnare il perimetro dell'azione di nullità, bisogna ribaltare in positivo la locuzione. Esigenza avvertita per le ipotesi di efficacia (eccezionale, si suole aggiungere) del negozio nullo (articoli 128, 590, 799, 2126, 2332 c.c.)<sup>19</sup>; e, sia pure con minore consapevolezza, anche per il giudizio di nullità, inconfigurabile per i negozi palesemente difformi dalla fattispecie legale<sup>20</sup>.

La dottrina dell'inesistenza offre una soluzione logica, lineare.

Negozio nullo sta per negozio esistente. Se il legislatore restringe l'ambito del giuridicamente irrilevante, attraendo "negozio nullo" nella disciplina da esso dettata, occorre segnare il limite dei difetti negoziali oltre il quale quella disciplina non opera. Tale limite è rappresentato dalla esistenza: il suo contrario, l'inesistenza, designa la giuridica irrilevanza.

Dico subito che questa dottrina, pur muovendo da una esigenza posta dal diritto positivo, non convince<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Proprio in relazione a tali ipotesi si spiega il perdurante interesse della categoria della inesistenza: v. mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 24 ed autori ivi citati in nota; R. SACCO, *Nullità ed annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss.dig.it.*, XI, Torino, 1965, p. 457 ss.

<sup>20</sup> In tal senso H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952, p. 90 s. e *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 162 ss., contra, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1963, p. 773

<sup>21</sup> La critica alla dottrina dell'inesistenza, che occupa la parte rimanente di questo paragrafo, è delineata nel mio lavoro mo-

I requisiti di esistenza darebbero vita ad una figura univoca: sarebbero fissi, immutabili.

Poniamo a raffronto il matrimonio putativo e la cd. sanatoria del testamento.

Negozi essenzialmente formali. Ebbene giurisprudenza e dottrina considerano la forma del matrimonio, ossia la celebrazione, requisito di esistenza, senza la quale quindi non troverebbe applicazione la disciplina del matrimonio putativo; mentre la forma scritta non avrebbe lo stesso rilievo nella sanatoria del testamento, alla quale sarebbe riconducibile anche il testamento orale.

Ad una divaricazione analoga si può pervenire per l'illiceità. Stavolta il raffronto si può operare fra sanatoria del testamento e trascrizione c.d. sanante (art. 2652 n. 6, c.c.).

Il testamento nullo per illiceità è insanabile, perché non si può consentire che con la conferma si raggiunga un risultato vietato per il testatore. Illiceità che viceversa non precluderebbe l'operatività del meccanismo di tutela del terzo previsto dall'art. 2652, n. 6, c.c., sul quale non può ragionevolmente ripercuotersi il vizio che attiene al negozio principale.

Insomma non è riscontrabile una nozione univoca di negozio esistente, che peraltro nella sua assolutezza non sembrerebbe prestarsi a relativismi.

L'esame della giurisprudenza nelle ipotesi indicate, come pure nelle altre d'anzì richiamate, dimostra che il significato dell'elemento di fattispecie indicato con la locuzione "negozio nullo", non è dato conoscere a priori, ma è da modellare sulla "ratio" di ciascuna delle diverse fattispecie.

Così la celebrazione non può mancare in quanto il matrimonio putativo produce, fino alla sentenza di nullità, gli effetti del matrimonio valido e, quindi, dà vita a situazioni soggettive, quali lo status di coniuge, la cittadinanza, lo status di figlio, che per la loro rilevanza sociale e pubblica non possono trovare fondamento in fattispecie cui lo Stato è rimasto estraneo.

La forma scritta non è invece necessaria perché operi la sanatoria del testamento, in quanto tale fattispecie è ispirata a ragioni squisitamente etiche: il rispetto dell'ultima volontà della persona, sulla quale il dato formale non incide.

Quanto al giudizio di nullità non è ragionevole ammetterlo quale che sia il vizio che inficia il negozio: allora si affaccia, anche se non sempre esplicitata, la categoria dell'inesistenza: il giudizio ha per oggetto il negozio nullo ma esistente.

nografico più volte citato e, in sintesi, nella voce *Nullità* pure citata, ai quali si rinvia.

Anche qui si rischia di cadere nell'arbitrio ove si pretenda di stabilire quale sia il requisito minimo di esistenza.

Si deve invece muovere dalla funzione del giudizio di nullità. Che è quella – a partire da Chioven-da fino a sentenze anche recenti della Cassazione – di rimuovere l'incertezza ex re, ossia oggettivamente nascente dal negozio nullo circa la sua validità.

Là dove non vi è incertezza ex re, ossia apparenza di validità, non vi è azione di nullità. In tal caso l'incertezza può nascere solo da contestazione: per la quale provvede l'azione di mero accertamento.

#### 4. Nullità e annullabilità del negozio e del provvedimento

Per ciò attiene alla distinzione fra nullità e annullabilità, il problema sembrerebbe risolto o quantomeno circoscritto dal legislatore del codice civile: tassatività delle cause di annullabilità; tutti gli altri difetti sono da ascrivere alla nullità.

Tale deduzione trae fondamento non tanto dalla prescrizione della nullità per violazione di norme imperative, quanto piuttosto da quella per “mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325” (art. 1418, secondo comma, c.c.). La dottrina, negli ultimi tempi, si è dedicata alla prima e ha parlato di “virtualità” della nullità.

Ma tale espressione è più appropriata se riferita alla “mancanza di uno dei requisiti .....”. E' qui che si finisce nel buco nero della imperfezione della fattispecie negoziale<sup>22</sup>.

La nuova disciplina della invalidità del provvedimento amministrativo solleva questioni ancor più complesse.

La violazione di legge, si dice, è causa di annullabilità di carattere generale, le nullità sono testuali: secondo il Consiglio di Stato, un numero chiuso. Vi sarebbe una “relazione invertita” rispetto al sistema delineato dal codice civile: virtualità delle cause di annullabilità, tassatività delle cause di nullità<sup>23</sup>.

Senonchè fra le cause di nullità vi è la “mancanza di elementi essenziali” del provvedimento, del tutto equivalente alla mancanza dei requisiti del contratto.

Riprende dunque il centro della scena l'imperfezione della fattispecie, stavolta del prov-

vedimento amministrativo, e la sua essenziale virtualità<sup>24</sup>. Ma allora occorre ripensare la stessa virtualità della annullabilità, che finisce per relegare i vizi più gravi nella inesistenza, oggi nella nullità<sup>25</sup>.

Virtualità della nullità e virtualità della annullabilità: la loro convivenza è un paradosso.

Tutto ciò mi sembra che porti ad un rimescolamento delle carte in gioco.

Alcuni punti fermi nella teoria della invalidità del provvedimento devono essere riconsiderati.

L'alternativa è abbandonarsi allo scetticismo di chi parla di: scarsa utilità della previsione della nullità per mancanza di elementi essenziali destinata addirittura “a rimanere lettera morta”.

Aggiungendo che se, viceversa, si volesse veramente dare attuazione alla norma, il quadro delle invalidità di complicherebbe notevolmente<sup>26</sup>.

Il mio punto di vista, anche metodologico, è diverso. Un corretto approccio con il diritto positivo deve indurre l'interprete a cogliere nelle norme, specialmente se così innovative, tutte le potenzialità, anche quelle più eversive del sistema.

La linea di tendenza espressa con forza nel principio di effettività della giurisdizione amministrativa – la quale “assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1 CPA) – può essere assecondata dall'interprete riconducendo nell'ambito della nullità casi che fino ad oggi la giurisprudenza amministrativa ha qualificato di illegittimità e quindi di annullabilità<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> E' significativo che sulla mancanza degli elementi essenziali si addensino le maggiori perplessità della dottrina amministrativistica: D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 88 ss.

B. SASSANI, *Arbor actionum*, cit., p. 1382. Cerca di individuare gli elementi essenziali del provvedimento, M. D'ORSOGNA, *La nullità dal provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, p. 363 ss.

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012., n. 792: “L'essenza della nullità ..... risiede proprio nell'inconfigurabilità della fattispecie concreta rispetto a quella astratta ....”. Una definizione della nullità che riprende quella classica e tratlizia della inesistenza (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 242, parla di mancanza di elementi che “impedisce l'identificazione del negozio, per ciò giuridicamente inesistente”) che nella prima resterebbe dunque assorbita

<sup>26</sup> F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, a cura di Guido Clemente di San Luca, Torino, 2005.

<sup>27</sup> Contrasta tale sviluppo il Consiglio di Stato, il quale, come si è visto, parla di tassatività delle cause di nullità: Fra le molte: Cons. Stato, Sez. V, numeri 792/2012, 1498/2010, 830/2008, 2872/2008. Prevede una compressione delle cause di annullabilità a seguito della introduzione legislativa della nullità, C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21*

<sup>22</sup> Alla dialettica fra imperfezione della fattispecie negoziale e nullità possono ricondursi le contrapposte opinioni sulla rilevanza del negozio nullo: v. mio *Inesistenza o nullità del negozio giuridico*, cit., p. 45 ss.

<sup>23</sup> Di “relazione invertita” parla Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, 792; in senso analogo: Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799; Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957. V. anche sentenze citate alla nota 9.

## 5. La carenza di potere: elementi essenziali e presupposti

Penso al caso classico di carenza di potere in concreto rappresentato dal decreto di esproprio adottato in assenza di dichiarazione di pubblica utilità o ad altri casi in cui, si dice, manca soltanto un “presupposto” del provvedimento e non il potere in astratto in capo all’autorità amministrativa.

Considerarli casi di illegittimità-annullabilità in contrasto con la giurisprudenza della Cassazione sembra una forzatura<sup>28</sup>.

Eppure la previsione del difetto assoluto di attribuzione, come specifica causa di nullità, è dai più considerata equivalente alla carenza in astratto: si che la distinzione dalla carenza in concreto troverebbe oggi fondamento nel diritto positivo<sup>29</sup>.

A me sembra che, al di là dei dubbi sulla equivalenza di significato fra difetto assoluto e difetto in astratto, la strada intrapresa non porti lontano.

Ci si affida a distinzioni classificatorie, quali quella fra elementi, requisiti, presupposti, quanto mai controversa, frutto per lo più di astratto concettualismo<sup>30</sup>.

Esse allontanano l’interprete dalla sostanza della questione. Che, come ho cercato di dimostrare, è quella di ascrivere il difetto del negozio, qui del provvedimento, al profilo di disciplina considerato, secondo ratio.

*septies l. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Foro amm.*, C.d.s. 2008, 10, p. 2753.

<sup>28</sup> Cass. SS.UU., 24 ottobre 1958, n. 3457, ha ritenuto inidoneo a degradare il diritto soggettivo l’atto amministrativo adottato in carenza di “un presupposto che pur non essendo di astratta attribuzione del potere abbia la funzione di tutela del diritto soggettivo”. Si trattava di un decreto di esproprio fondato su una dichiarazione di pubblica utilità non notificato al proprietario in base a legislazione speciale. Ad analoga conclusione si è pervenuti con riguardo al decreto di esproprio emanato scaduti i termini della dichiarazione di pubblica utilità. Osserva R. CARANTA, *L’inesistenza dell’atto amministrativo*, cit., p. 188 s., come la qualificazione dell’atto, nel caso di carenza in concreto di potere debba essere la stessa della carenza in astratto, ossia inesistenza, oppure una figura diversa e autonoma, da chiamare nullità. Oggi, assorbita l’inesistenza nella nullità, si dovrebbe parlare senz’altro di nullità anche per la mancanza di potere in concreto.

<sup>29</sup> Anche a voler identificare il difetto assoluto di attribuzione con la carenza in astratto, l’indicazione come autonoma causa di nullità non sembra avere altro significato se non quello di ricondurre esplicitamente nell’ambito della nullità l’ipotesi classica di inesistenza. Lasciando peraltro impregiudicata la questione della carenza in concreto del potere, da risolvere, come si dice nel testo, non già in base ad astratte classificazioni, ma poggiando sulla coerenza con la ratio.

<sup>30</sup> Rileva R. CARANTA, *op.cit.*, p. 191 s., come il riferimento al potere o all’atto non sposta i termini della qualificazione della fattispecie “perché la disciplina dell’atto non può che coincidere, senza residui, con quella del potere”.

Per quanto nella specie interessa alla nullità o alla annullabilità. In termini di ratio occorre stabilire se quel vizio rende (o, meglio, deve rendere) il provvedimento privo di effetti o semplicemente invalidabile.

Da questo diverso angolo visuale, tornando al caso concreto, è vano chiedersi se la dichiarazione di pubblica utilità è elemento essenziale o presupposto.

Il decreto di esproprio in assenza di essa non è in grado di realizzare l’interesse pubblico: sì che priva di giustificazione sarebbe l’ablazione (sia pure provvisoria, fino all’annullamento) del diritto di proprietà.

E’ la Costituzione, è la Convenzione europea dei diritti dell’uomo che individuano il fulcro, la ragion d’essere dell’espropriazione nella pubblica utilità. La quale, se pure si volesse ragionare in termini classificatori, sarebbe un presupposto sì, ma causale, ossia un presupposto necessario perché il decreto di esproprio possa realizzare la propria funzione, la propria causa.

Sì che la mancanza del presupposto ridonderebbe nella mancanza di un elemento essenziale, conducendo dritto alla nullità del decreto di esproprio.

## 6. Violazione di norme imperative

La mancata previsione fra le cause di nullità della violazione di norme imperative confermerebbe l’assunto giurisprudenziale, ripetuto come un “mantra”, secondo il quale l’agire della pubblica amministrazione è regolato da norme sempre imperative: la cui violazione pertanto non può che indurre illegittimità-annullabilità<sup>31</sup>.

Per la verità non mancano in dottrina voci dissonanti.

Così è stato richiamato anche l’insegnamento kantiano delle norme imperative categoriche. Tali sarebbero le norme che vietano o impongono un determinato atto senza lasciare spazio alla discrezionalità della amministrazione. La loro violazione sarebbe causa di nullità<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Tesi risalente a G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, p. 306. In giurisprudenza, fra le molte, prima della riforma: Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166; e, dopo l’introduzione normativa della nullità: Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6023; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498. Nel senso, invece, della nullità per violazione di norme impositive, E. CANNADA-BARTOLI, *Partecipazione di comuni e comitati di diritto privato senza personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1959, p. 786.

<sup>32</sup> A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 182 ss., dopo aver criticato la tesi dell’assorbimento delle violazioni di norme imperative nella



Anche in tal caso, mi sembra, può soccorrere il criterio della ratio.

La violazione di un termine perentorio, ad esempio, non può essere valutata in astratto, sempre e comunque alla stregua o di una violazione di legge, ed indurre annullabilità, o, invece, quale violazione di un imperativo categorico e causa quindi di nullità.

A quest'ultima conclusione si deve peraltro giungere nel caso di decreto di esproprio emanato dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Ancora una volta l'ablazione del diritto di proprietà sarebbe priva di giustificazione causale.

Né alcun dubbio si può nutrire nel caso in cui la norma violata è posta a tutela di diritti fondamentali della persona umana.

I quali possono essere recessivi di fronte al potere pubblico soltanto in casi eccezionali, espressamente e tassativamente previsti. Altrimenti non possono essere compressi neppure provvisoriamente (ossia fino all'annullamento) dal provvedimento vietato.

## 7. Il termine decadenziale

Senonchè la maggior tutela offerta dalla nullità è stata significativamente depotenziata, come è noto, dalla previsione, di un termine di decadenza di 180 giorni per proporre l'azione.

Non voglio sottrarmi alla sperimentazione più delicata delle idee proposte. Il criterio della "ratio", che solo a me sembra consenta di modellare il "negozio nullo" sul profilo di disciplina considerato, deve a mio avviso costituire guida alla soluzione del problema analogo per il "provvedimento nullo".

Come dianzi sottolineato, ratio e funzione del giudizio di nullità è rimuovere l'incertezza sulla validità dell'atto<sup>33</sup>.

Là il negozio, qui il provvedimento.

E' interesse del privato ma anche della amministrazione, e pubblico in generale, rimuovere simile incertezza. Per il legislatore, sbilanciato nella specie verso l'interesse pubblico, la certezza dell'agire della p.a. è un valore. Pertanto deve essere ripristinata

violazione di legge e, quindi nella annullabilità, espone la tesi indicata nel testo. Riferisce in sintesi le varie opinioni sulle violazioni di norme imperative da parte del provvedimento amministrativo, G. ZARRO, *L'archetipo della nullità virtuale in diritto amministrativo* in *Foro amm.*, - T.A.R. 2007, 12 p. 3995.

<sup>33</sup> Già in tal senso G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 29, il quale parla di incertezza ex re ipsa V., oggi, LUCIANI, *Processo amministrativo*, cit., p. 513. La giurisprudenza è conforme: in termini chiari ed incisivi, Cass., 14 febbraio 2000, n. 161.

in modo solleto: perciò è fissato un termine breve di decadenza per l'impugnazione; mentre la perdurante inefficacia sostanziale dovrebbe essere garantita dalla perpetuità dell'eccezione e dalla rilevanza d'ufficio.

Ma se incertezza non sussiste perché il difetto è macroscopico o comunque evidente, tale da escludere l'apparenza di validità, siamo fuori del perimetro del giudizio di nullità<sup>34</sup>.

In tal caso l'incertezza nasce soltanto se vi è contestazione<sup>35</sup>. Ossia se l'amministrazione pretende di attuare siffatto provvedimento o in via reale o con atto esecutivo.

Allora, si deve riconoscere al privato l'azione di mero accertamento, volta a rimuovere appunto l'incertezza da contestazione<sup>36</sup>.

Secondo tradizione processualistica, tale azione non soggiace a termine di prescrizione.

<sup>34</sup> Mio *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 116 s.

<sup>35</sup> L'incertezza, riferita a fatti presenti o passati si traduce in uno stato subiettivo di ignoranza, di regola privo di rilevanza nell'ordinamento giuridico: M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.* I, Milano, 1958, p. 228 ss.. Rilevanza che è invece da riconoscere allorché l'incertezza si obiettivizza nella diversità di valutazioni, ossia nella contestazione. A rimuovere tale incertezza è volta l'azione generale di mero accertamento: SALV. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 10 ss.

<sup>36</sup> L'ammissibilità di un'azione generale di mero accertamento nei confronti degli interessi legittimi è assai discussa in dottrina da tempo. La questione si ripropone oggi con forza. Nella bozza licenziata dalla Commissione incaricata della redazione del CPA si prevedeva, senza distinzioni tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, che "chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle conseguenze pronunce dichiarative". La dottrina sul punto è divisa: già R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, p. 306 ss., due decenni or sono sosteneva l'ammissibilità di simile azione con argomenti ancor oggi validi e anticipatori del principio di effettività della tutela amministrativa espresso nell'art. 1 del CPA. L'autore, rilevata l'ostilità generalizzata verso l'azione di mero accertamento davanti al giudice amministrativo, sottolineava come l'art. 24 Cost., nell'accomunare diritti soggettivi ed interessi legittimi richiede pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale per gli uni e per gli altri. L'art. 1 CPA, a sua volta, pone il principio di effettività nei seguenti termini: "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". Non dimeno l'azione di mero accertamento è oggetto di diffidenza: così, ad es., G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, Intervento al seminario di studi su: "Problemi e prospettive nell'applicazione delle norme del primo libro del codice del processo amministrativo", Reggio Calabria, 8 febbraio 2011, in [www.Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it) la esclude in caso di atti amministrativi lesivi; contrario, in termini più recisi, B. SASSANI, *Arbor actionum*, cit., p. 1361. La giurisprudenza amministrativa ammette tale azione in via residuale ossia in assenza di azioni tipiche che tutelino in modo efficiente il privato: Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002.



## 8. Epilogo

Certo muoversi nell'ambito delle innumerevoli ipotesi di imperfezione del provvedimento ed individuarle in base alla "ratio" del profilo di disciplina considerato vuol dire navigare in mare aperto.

| 10

La nullità offre, invece, un approdo sicuro. E non sono pochi coloro che ad essa restano fedeli: altri, disorientati, smarriti, cercano di tornare ad Itaca.

Ma è tempo di capire che Itaca non è l'approdo, Itaca è il viaggio.

