

L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo

di Franco Gaetano Scoca*

SOMMARIO: 1. Invalidità senza nullità. – 2. La nullità diventa una forma di invalidità. – 3. L'intervento del legislatore nel 2005. – 4. Il trattamento della nullità secondo il codice processuale. – 5. Nullità, decadenza, inoppugnabilità. – 6. L'asimmetria della disciplina. – 7. La rilevabilità d'ufficio. – 8. Dubbi di legittimità costituzionale. – 9. Sul difetto assoluto di attribuzione. – 10. Nullità e conferenza di servizi. – 11. Sulla mancanza degli elementi essenziali. – 12. L'Adunanza plenaria del 2020 e il diverso trattamento della nullità. – 13. Due figure di nullità? – 14. Considerazioni critiche conclusive.

1. *Invalidità senza nullità*

È arcinoto che lo stato viziato della nullità non appartenga alla disciplina originaria e tradizionale della invalidità del provvedimento amministrativo¹: per oltre un secolo, fino alle note sentenze dell'Adunanza plenaria del 1992², il solo tipo di invalidità, o, meglio, di stato viziato, positivamente sussistente era l'annullabilità. Le disposizioni di legge che, nelle materie di diritto amministrativo, comminavano espressamente la nullità, anche se il termine era accompagnato dalla formula rafforzativa “di pieno diritto”, o dalla indicazione esplicita della improduttività degli effetti, venivano costantemente intese dalla giurisprudenza come imprecisi riferimenti allo stato viziato della annullabilità³. La dottrina, in

* Saggio non sottoposto a referaggio.

¹ In alcune decisioni del Consiglio di Stato, emesse nei primi anni dello scorso secolo si utilizza il termine nullità, ma il sistema della invalidità del contratto nel codice civile del 1865 era molto diverso dall'attuale: la nozione di nullità era vicina alla nozione attuale di annullabilità. La tesi dell'inammissibilità della nullità è chiaramente esposta in Cons. Stato, Sez. IV, 3 ottobre 1911: «de leggi sulla giustizia amministrativa esigono che il ricorso sia prodotto entro un dato termine, e che nel ricorso si specifichino i motivi di gravame, il che fa intendere agevolmente che un mezzo proposto oltre quel termine sia irricevibile. Ora se le leggi di procedura accennano a nullità radicali di atti rilevabili anche d'ufficio, non è consentito generalizzare ed estendere le singolari norme del diritto giudiziario agli atti delle pubbliche amministrazioni, soggette a un diritto speciale amministrativo, in particolare alla legge comunale, in cui norme ispirate all'ordine pubblico formano la regola, d'onde si verrebbe alla conseguenza esorbitante che la massima parte delle violazioni di norme amministrative, dettate appunto dal pubblico interesse, sarebbero in qualunque tempo denunciabili, mettendo così quasi nel nulla l'efficacia dei termini stabiliti per ricorrere».

Espone attentamente l'evoluzione delle forme della invalidità del provvedimento, N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 855 ss.

² Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, nn. 1 e 2; 5 marzo 1992, n. 5 e n. 6; 9 settembre 1992, n. 10.

³ Esempi di disposizioni che comminano la nullità: art. 325, t.u. com. prov. 4 febbraio 1915,

particolare dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, teorizzava che il provvedimento amministrativo illegittimo, qualunque fosse il "grado" del vizio, era sempre e solo (non poteva essere altro che) annullabile⁴.

Per quel che in questa sede interessa, possiamo dare per pacifico che, fino al 1992, l'annullabilità era considerata unanimemente, tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza, il solo stato viziato, che conseguiva alla illegittimità del provvedimento⁵.

Tale disciplina della invalidità del provvedimento aveva un doppio fondamento, da un lato poggiava su (o si ricavava da) disposizioni di legge, dall'altro era coerente con la natura e la funzione del provvedimento.

Sotto il primo profilo, si riteneva che, avendo la legge attribuito al giudice della legittimità il solo potere di annullamento, fosse naturale (anzi fosse implicazione necessaria) che, sul piano del diritto sostanziale, il provvedimento dovesse considerarsi, in presenza di qualsiasi vizio di legittimità, sempre e soltanto annullabile⁶.

n.148 («sono nulle di pieno diritto le deliberazioni prese in adunanze illegali e sopra oggetti estranei alle attribuzioni del consiglio o se si son violate le disposizioni delle leggi»); art. 288, t.u. com. prov. 3 marzo 1934, n. 383 (che dichiarava nulle le deliberazioni prese in adunanze illegali, o adottate sopra oggetti estranei alle attribuzioni degli organi deliberanti, o che contengano violazioni di legge); art. 12, d.l. CPS 4 aprile 1947, n. 207 (sulle assunzioni non di ruolo); art. 11, d.P.R. 11 gennaio 1956, n. 16 («l'assunzione di impiegati senza il concorso previsto dal presente decreto per le singole carriere è nullo di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, salva la responsabilità personale dell'impiegato che vi ha provveduto»); art. 3., co. 6, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 («salve le eccezioni previste nel presente decreto, l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce nessun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha provveduto»); art. 5, co. 18, d.l. 10 novembre 1978, n. 702. Sono state queste ultime disposizioni, relative alla costituzione dell'impiego pubblico, a cagionare il *revirement* del 1992.

⁴ A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 125 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Napoli, 1990, 104; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 299 ss. A. PIRAS, voce *Invalità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1972, 599 ss. Più recentemente, per tutti, F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 95 ss.

⁵ Salvi i casi di casi gravissimi, che la Corte di cassazione considerava ipotesi di inesistenza del provvedimento. Cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Torino, 1990; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009, 51 ss. Di recente A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.* 2013, 269 ss., spec. 279 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 385 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invalità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, vol. I, 577 ss.

⁶ È sufficiente rinviare alla esposizione di A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 799 ss., che, citando l'art. 3 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, l'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1154, recante il testo unico sul Consiglio di Stato, e l'art. 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 sui Tribunali amministrativi regionali, ossia tutti i testi normativi concernenti i

Sotto il secondo profilo, l'annullabilità, consentendo, a differenza della nullità⁷, che il provvedimento illegittimo produca i suoi effetti fino al (l'eventuale) annullamento, e che i suoi effetti si consolidino rapidamente con la inoppugnabilità, appariva (ed ancora appare) lo stato viziato maggiormente coerente (anzi il solo coerente) con la "missione" del provvedimento, la cura tempestiva e assidua dell'interesse pubblico⁸; l'annullabilità era (ed è) lo "stato naturale della fattispecie invalida"⁹.

Si può aggiungere, a conforto di questa tesi, che una sola forma di invalidità, ossia un solo stato viziato, si armonizza appieno con l'esistenza di una sola, sia pure ampia e articolata, "causa" di invalidità, di un solo (per quanto multiforme) vizio, ossia la illegittimità del provvedimento, la sua difformità dalla legge: le specie di vizi comunemente conosciuti, la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere, non sono altro che modi di presentarsi della illegittimità¹⁰.

poteri del giudice amministrativo, afferma che «da tali poteri [...] risulta che il tipo di invalidità che inerisce ai provvedimenti illegittimi sia la loro annullabilità: perché quei poteri sono tipicamente annullatori». A chiarimento aggiunge che, «in questa prospettiva storica, sembra più plausibile che sia stato dal contenuto di tali poteri annullatori, spettanti alla giurisdizione amministrativa, che sia stata ricavata la soluzione sul piano sostanziale, relativa al tipo di invalidità dei provvedimenti sindacabili specialmente in quella sede: la loro annullabilità, appunto, per quanto mai esplicitata come tale dal legislatore» (800).

⁷ Sulla efficacia del provvedimento annullabile e l'inefficacia del provvedimento nullo occorrerà soffermarsi. Mi permetto, comunque, di rinviare al mio *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss.

⁸ Secondo G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 303, le ragioni della preferenza per l'annullabilità, risalente a suo giudizio alle scelte effettuate nel 1865, si trovano nel temperamento delle «ragioni del cittadino con quelle dell'amministrazione: conferendo al primo il potere di impugnare l'atto illegittimo ma mantenendo nel contempo l'efficacia di quest'ultimo sino a quando l'amministrazione e poi (1889) il giudice eventualmente adito (e soltanto nel caso che sia stato adito) non abbia accertato l'invalidità e disposto di conseguenza l'annullamento». Si può richiamare anche l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 536 ss., che ritiene che il diritto positivo abbia scelto il modo della equiparazione alla fattispecie valida per disciplinare la (diversa) fattispecie del provvedimento invalido; per cui anche quest'ultimo è efficace al pari del provvedimento valido. A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, cit., 104-105, prende atto che «il nostro sistema conosce una sola forma di invalidità degli atti amministrativi», dato che «l'unica conseguenza che all'atto amministrativo derivi dal non essersi uniformato all'ordinamento è presso di noi l'annullabilità».

⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, punto 10.1 della motivazione. La giurisprudenza, prima del 1992, aggiunge la sentenza citata, «riteneva che non può aversi nullità se legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o in autotutela sono solo i partecipanti al procedimento, se l'azione va proposta in brevi termini di decadenza, se il vizio non è rilevabile d'ufficio e se infine il provvedimento viziato è sanabile».

¹⁰ La illegittimità non può definirsi come la difformità rispetto alla fattispecie normativa. Sarebbe una definizione troppo ristretta. La difformità dalla legge riguarda, infatti, non solo la fattispecie, ma qualsiasi elemento di fatto; in particolare, per quel che riguarda il tema qui trattato, ogni elemento della dinamica giuridico-amministrativa.

Sottolineo che, a mio parere, la disciplina della invalidità del provvedimento è diversa¹¹, più semplice e, insieme, più ampia¹², di quella del negozio giuridico: mentre quest'ultima, per essere il negozio esercizio di un potere di ordine generale e, entro i limiti del lecito, incondizionato (l'autonomia privata), deve necessariamente riguardare tanto aspetti strutturali (sussistenza dei "requisiti" o elementi essenziali) quanto aspetti funzionali (liceità della causa), la disciplina relativa al provvedimento, essendo questo esercizio, interamente disciplinato dalla legge, di poteri puntuali, può limitarsi a considerare, sotto il profilo della invalidità, soltanto lo svolgimento del procedimento e la funzione del provvedimento, tralasciando gli aspetti strutturali¹³. E, attenendo quasi esclusivamente ai profili funzionali, può tener conto ed ispirarsi, avvicinandosi in questo alla disciplina della invalidità degli atti processuali, al criterio del raggiungimento dello scopo.

Sta di fatto – ed è questo che rileva in questa sede – che fino al 1992, pertanto per oltre un secolo, il provvedimento amministrativo, grave o meno grave che ne fosse il vizio di legittimità, era solo e sempre annullabile; mai nullo¹⁴.

Occorre, a questo proposito, avvertire che la carenza di potere (in astratto), introdotta dalla Cassazione negli anni Quaranta del secolo scorso, atteneva unicamente al tema del riparto di giurisdizione, aveva cioè un rilievo solo processuale; e, se proprio, per ragioni sistematiche, doveva inserirsi nel quadro della patologia degli atti amministrativi, l'opinione prevalente era nel senso che desse luogo ad inesistenza, piuttosto che a nullità¹⁵.

2. *La nullità diventa una forma di invalidità*

Il primo grande sovvertimento della disciplina tradizionale e consolidata si è avuto, come già accennato, nel 1992, per opera della giurisprudenza, su sollecitazione dell'opinione politico-amministrativa del momento, che non vedeva

¹¹ L'anormalità del provvedimento è sufficientemente rappresentata dalla illegittimità; la nozione di validità non sembra necessaria. La si usa per tradizione, ma il suo significato corrisponde a quello di illegittimità.

¹² V. in questo senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2016, 464-465.

¹³ Il provvedimento amministrativo «viene emanato nell'ambito di un procedimento rigorosamente disciplinato e che costituisce la forma necessaria dell'azione tendenzialmente unilaterale, ancorché sempre più spesso partecipata, del potere amministrativo. Quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo» (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, punto 11.1 della motivazione).

¹⁴ L'ordinamento amministrativo, sottolinea Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22 (punto 11 della motivazione), ha funzionato senza mai avvertire la mancanza della nullità.

¹⁵ Su questo evento, e sulla sua rilevanza, v. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 859 ss.

di buon occhio l'interpretazione riduttiva delle disposizioni che comminavano espressamente la nullità, in particolare, la nullità delle assunzioni nell'impiego pubblico fatte in violazione di legge (senza concorso).

L'Adunanza plenaria, con le decisioni già citate, dichiarando espressamente di voler modificare il suo precedente orientamento, costantemente osservato nella interpretazione delle disposizioni comminative di nullità, ha giustificato l'inversione di tendenza in vari modi, con riferimento, tuttavia, alla particolare materia dell'impiego pubblico¹⁶; e quindi in modi non rilevanti in via generale. Ma il nuovo orientamento si è esteso pacificamente a tutte le nullità espressamente previste da qualsiasi legge in qualsiasi materia¹⁷.

È questo il momento (e il modo) in cui la disciplina della invalidità del provvedimento amministrativo si "arricchisce" della nullità, della nullità testuale; nullità – si badi – in senso tecnico, interamente conforme alla nullità disciplinata dal codice civile; pertanto «imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio»¹⁸.

Nullità, quindi, che esclude radicalmente e definitivamente l'efficacia del provvedimento che ne sia affetto: *quod nullum est, nullum producit effectum*; e si contrappone, per questo aspetto, di determinante rilievo, alla annullabilità; la quale, almeno in diritto amministrativo¹⁹, convive con l'efficacia del provvedimento, fino all'(eventuale) annullamento, efficacia che si consolida rapidamente mediante l'istituto della inoppugnabilità.

È ovvio che l'ingresso nel diritto positivo della categoria della nullità abbia suscitato l'attenzione della dottrina, che vi ha dedicato alcune notevoli mono-

¹⁶ La nullità comminata per le assunzioni illegittime «non corrisponde a certe remote formule normative impiegate per generiche violazioni di legge di ogni tipo e "tradotte" dalla giurisprudenza in termini di illegittimità. [...] Non sembra dubbio che il legislatore, consapevole del principio generale dell'imperatività dei provvedimenti amministrativi e di quella sua specie che è l'esecutività, abbia inteso derogarvi in casi particolari, con norme di stretta interpretazione, sancendo la nullità assoluta, la radicale improduttività di effetti, cioè l'inidoneità a costituire rapporti di pubblico impiego, dei provvedimenti in questione» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 2 del 1992).

¹⁷ Ad esempio, in tema di proroga degli organi collegiale, in base agli artt. 3 e 6 del d.l. 16 maggio 1994, n. 293, conv. nella l. 15 luglio 1994, n. 444.

¹⁸ Cons. Stato, Ad. plen., n. 12 del 1992.

¹⁹ In linea generale la dottrina (non solo privatistica) ritiene che anche l'annullabilità determini l'inefficacia; e qualifica la produzione degli effetti fino all'annullamento come efficacia precaria e provvisoria. Va tuttavia sottolineato che la efficacia del provvedimento amministrativo prescinde, per prodursi, dalla sua validità: gli effetti intervengono pienamente anche se il provvedimento è annullabile (arg. ex art. 21-bis, l. n. 241 del 1990): il provvedimento annullabile è efficace ed esecutivo, alla pari del provvedimento valido; e la efficacia diventa definitiva, nonostante la illegittimità, al momento in cui il provvedimento non è più annullabile, per inoppugnabilità ovvero per la scadenza del termine per essere annullato d'ufficio. Voglio dire, in altri termini, che è più corretto ritenere che sia l'annullamento, ove intervenga, a far cessare l'efficacia, sia pure *ex tunc*, piuttosto che ritenere che il provvedimento annullabile sia inefficace e che l'annullamento non fa che rendere palese la sua inefficacia. D'altronde la tesi della inefficacia dell'atto annullabile non si raccorda col carattere costitutivo dell'annullamento.

grafie; nelle quali, da un lato, ne ha denunciato la problematicità, e, dall'altro, si è impegnata ad approfondirne la nozione e a fornirle, per quanto possibile, l'armonico inserimento nel sistema delle invalidità del provvedimento amministrativo²⁰.

3. *L'intervento del legislatore nel 2005*

La strada aperta dalla giurisprudenza è stata ampliata, all'inizio di questo secolo, dal legislatore; il quale, nel meritorio intento di dettare, almeno in parte, la disciplina generale del provvedimento, ha ritenuto di inserire in quel quadro anche una disposizione sulla nullità: l'art. 21-*septies* della legge sul procedimento²¹.

Alla nullità testuale («casi espressamente previsti dalla legge»), inserita nel sistema già nel 1992, la legge ha aggiunto la nullità strutturale, determinata dalla mancanza degli elementi essenziali; resta viceversa esclusa la nullità virtuale, come poi sarà chiarito dalla giurisprudenza, che ha mantenuto la violazione di legge tra i vizi che determinano l'annullabilità²²; sono state inoltre previste due ipotesi, tipicamente attinenti a temi amministrativistici, l'una inerente al (la natura del) provvedimento, atto di esercizio di un potere puntuale (il difetto assoluto di attribuzione), l'altra attinente all'azione di ottemperanza (la violazione o elusione del giudicato)²³.

²⁰ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; M.R. SPASIANO, *Commento all'art. 21-septies*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 551 ss.; C. VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543 ss.; D. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. II, Padova, 2007, 51 ss.; G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, in *www.giustamm.it*, 2007; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità*, cit.

²¹ Ciò avveniva nel 2005, con l'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 205.

²² Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498: «le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845). Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c.d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione. Quindi esse si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo».

²³ Resta attuale il pensiero di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 385, secondo cui la nullità dei provvedimenti violativi o elusivi del giudicato appare «soltanto una formula vuota utilizzata per giustificare l'abbandono della (supposta) regola per cui il giudizio di ottemperanza sarebbe impedito dalla necessità di rispettare il termine di decadenza al fine di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici». Infatti, argomenta Villata, «nullità significa inidoneità a produrre effetti,

A prescindere dalla nullità strutturale, che pone problemi particolari, il legislatore del 2005 ha identificato come figure di nullità ipotesi estreme di illegittimità, che, secondo l'impostazione precedente, già comportavano la inefficacia del provvedimento, e rilevavano, l'una, ai fini del riparto della giurisdizione (il difetto assoluto di attribuzione, corrispondente alla carenza di potere in astratto, che, secondo la Cassazione, determinava l'inesistenza)²⁴; l'altra, ai fini della proponibilità dell'azione di ottemperanza (la nullità, in questo caso, era un modo – necessario? – per giustificare che il provvedimento non divenisse inoppugnabile alla scadenza del termine per far valere la illegittimità degli atti compiuti dall'amministrazione dopo il giudicato di cognizione).

I problemi sollevati dalla nullità strutturale sono difficili da risolvere, non tanto perché nessuna disposizione di legge stabilisce quali siano gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo²⁵, ma soprattutto perché la rilevanza accentuata conferita a tali elementi si scontra con la concezione stessa del provvedimento come atto di esercizio di potere puntuale, diretto alla soddisfazione di interessi pubblici predeterminati; concezione che implica che il provvedimento, non appena sia riconoscibile come tale, ossia come fattispecie tipica di atto autoritativo, anche se carente di alcuni elementi strutturali, sia considerato efficace, idoneo a produrre effetti, salva la sua annullabilità²⁶.

ma l'atto in contrasto con la statuizione puntuale del giudicato disciplina comunque la fattispecie sino all'intervento [...] del giudice». Anche per M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1001, «il caso della nullità per violazione ed elusione del giudicato si presenta sicuramente eccentrico nel contesto dell'art. 21-septies».

²⁴ Secondo il consolidato orientamento della Cassazione, risalente alla fine degli anni Quaranta, il provvedimento adottato in carenza di potere in astratto, non comportando, perché inefficace, l'estinzione del diritto soggettivo, restava nella giurisdizione del giudice ordinario. La Cassazione preferiva, in questo caso, riferirsi alla categoria della inesistenza, forse in modo non del tutto teoricamente corretto. In questo modo tendeva, a mio avviso, a rispettare la regola della unica forma di invalidità.

²⁵ Non è difficile per dottrina e giurisprudenza stabilire, ove fosse utile, quali elementi debbano considerarsi essenziali. Ma, per la impostazione prevalentemente funzionalistica della disciplina della fisiologia e della patologia del provvedimento amministrativo, e, più in generale, dell'azione amministrativa, la determinazione degli elementi costitutivi non è strettamente necessaria.

Sugli elementi costitutivi, oltre la letteratura manualistica, v. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 862 ss.; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, Torino, 2017, 221 ss., e per la nullità per carenza degli elementi costitutivi, 399 ss.; M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 326 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 186 ss.

²⁶ Si pensi alla motivazione, che, secondo la legge, costituisce un elemento essenziale, indefettibile, del provvedimento (art. 3, l. n. 241 del 1990), la cui mancanza viene pacificamente considerata dalla giurisprudenza vizio di annullabilità. Altrettanto è da dire per la mancanza della causa (per coloro che ritengono che la causa sia un elemento essenziale del provvedimento

Va posto in rilievo che la (nuova) disposizione legislativa si limita ad indicare le ipotesi di nullità, o, con maggiore precisione, i vizi che la determinano²⁷, ma non si occupa affatto del regime di tale forma di invalidità, non precisa in cosa la nullità consista e quali conseguenze comporti: in altri termini, non precisa se si tratti di una nullità conforme alla (o diversa dalla) nullità disciplinata dal codice civile²⁸.

Per cui, nel silenzio della legge, si era²⁹ consolidata l'idea che la nullità del provvedimento amministrativo fosse il medesimo stato viziato della nullità del negozio giuridico, e comportasse, oltre la inefficacia³⁰ e la insanabilità dell'atto, la imprescrittibilità della relativa azione, l'ampia legittimazione a promuoverla («chiunque vi ha interesse»), e il potere, anzi il dovere, del giudice di rilevarla d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Contemporaneamente, salvo qualche comprensibile incertezza³¹, giurisprudenza e dottrina hanno affermato il carattere tassativo delle ipotesi di nullità, evitandone l'interpretazione estensiva³²; e quindi riducendo la nullità a rilevanza tutto sommato marginale, almeno dal punto di vista pratico³³. A me sembra che questo atteggiamento, di forte contenimento delle ipotesi di nullità, confermi che lo stato viziato confacente alla natura e alla funzione del provvedimento amministrativo, coerente – se si vuole – con le caratteristiche proprie della dinamica amministrativa, resti l'annullabilità.

In definitiva, nel 2005, con la legge n. 205, entra a pieno titolo nel diritto positivo la categoria concettuale della nullità, disciplinata secondo il regime dise-

amministrativo): Cons. Stato, Sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629, secondo cui «da mancanza della causa, intesa come carenza dell'interesse pubblico che dovrebbe perseguire il provvedimento, configura [...] un ordinario vizio di legittimità». Assai indicativo è anche l'orientamento giurisprudenziale relativo ai provvedimenti carenti di firma: essi vengono ritenuti validi (né nulli, né annullabili) se possa dedursi in qualsiasi modo quale sia l'autorità da cui sono adottati.

²⁷ Sulla ipotetica nullità da illecito, v. V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invaldità e inesistenza*, cit., 590 ss.

²⁸ Cfr. M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 864.

²⁹ Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (c.p.a.): tra molte, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 8702.

³⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invaldità e inesistenza*, cit., 592.

³¹ Ad esempio, la violazione o elusione di giudicato è stata in un caso estesa al contrasto del provvedimento con il contenuto di una ordinanza cautelare (Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136).

³² «La nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono» (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, punto 7.4.3 della motivazione).

³³ Avverte A. ROMANO TASSONE, *Prefazione* a F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, XIII, che, «nel quadro della invalidità dell'atto amministrativo, la nullità è [...] rimasta del tutto marginale»; ed aggiunge che sussistono «consistenti incertezze sia in ordine al suo fondamento teorico, che circa la sua concreta utilità operativa».

gnato dal codice civile³⁴. Ciò che in particolare rileva è che la nullità, secondo questa disciplina, comporta la inefficacia del provvedimento ed esclude il formarsi della inoppugnabilità, con tutte le conseguenze di ordine processuale, che queste sue caratteristiche comportano.

La disciplina positiva della nullità, in vigore dal 2005 (anzi dal 1992) al 2010³⁵ si differenzia profondamente da quella della annullabilità. In particolare, il provvedimento nullo non determina l'onere della sua impugnazione, per evitare che divenga inoppugnabile.

4. *Il trattamento della nullità secondo il codice processuale*

Il secondo rilevante sovvertimento, che la disciplina della nullità ha nel tempo subito, si è avuto con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo; il quale, con una disposizione di diritto processuale, ha ribaltato completamente la disciplina precedentemente in vigore, differenziandola profondamente dalla nullità secondo il codice civile.

Stabilisce, infatti, il quarto comma dell'art. 31 c.p.a. che «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni»³⁶; aggiungendo che «la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice». Una terza disposizione, inserita nello stesso comma, riguarda la nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato: per farla valere in giudizio non è previsto alcun termine di decadenza, ma solo un termine decennale di prescrizione³⁷.

Con l'entrata in vigore del codice processuale, pertanto, la nullità cambia totalmente il suo aspetto di istituto di diritto positivo e la sua disciplina si fa assai più complessa.

Con la prima disposizione sopra evidenziata è stata cancellata buona parte della disciplina (propria o) civilistica, precedentemente estesa al diritto amministrativo: la nullità non è più insanabile; non può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ma solo da coloro che sono legittimati a far valere ogni altra illegittimità del provvedimento; la relativa azione non è più imprescrittibile, ma soggetta ad un breve termine di decadenza.

La disciplina della nullità, in tal modo, si è avvicinata in modo oltre modo

³⁴ Ci si riferisce, com'è ovvio, al codice civile del 1942. Nel codice precedente la nullità era disciplinata diversamente: assomigliava molto alla annullabilità, dato che l'azione per farla valere si prescriveva in cinque anni (art. 1300 cod. civ. 1865).

³⁵ Fino, cioè all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

³⁶ In precedenza era pacifico che «il rilievo della nullità [...] non era sottoposto a termini decenziali» (Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363).

³⁷ Art. 114, co. 1, c.p.a.

marcato alla disciplina dell'annullabilità³⁸; tanto che si può ragionevolmente sostenere che l'art. 31 c.p.a. abbia trasformato la nullità in annullabilità (rinforzata, se così si può dire, per il più lungo termine previsto per farla valere in giudizio: centottanta giorni invece di sessanta). Ne condivide anche la *ratio*, dato che la prescrizione di un termine di decadenza deriva, per l'una e per l'altra forma di invalidità, dalla «necessità di dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi»³⁹.

Con la seconda disposizione il trattamento della nullità è stato differenziato a seconda dei soggetti che hanno interesse a farla valere: colui che ha interesse ad eliminare l'atto nullo è onerato della sua tempestiva impugnazione; coloro che hanno interesse ad avvalersi in giudizio della nullità dell'atto, tra i quali si colloca ovviamente in primo luogo l'amministrazione cui è imputabile il grave vizio che l'ha determinata, possono sempre "opporla" in via di eccezione; il giudice, a sua volta, può (deve?) rilevarla d'ufficio, senza alcun limite di tempo, ed in qualsiasi giudizio in cui la nullità abbia rilievo.

La terza disposizione, relativa agli atti di attuazione del giudicato, rende manifesto che la disciplina della nullità non è uniforme, non solo riguardo ai soggetti, ma anche a seconda degli atti che ne sono affetti e dei vizi che la determinano.

Come si vede, l'attuale disciplina legislativa della nullità è assai complessa e, conseguentemente, determina numerose incertezze e qualche dubbio di legittimità costituzionale.

³⁸ Efficace si mostra il commento di B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 275-276: «allo sconcertato interprete si presenta un tipo di annullabilità rafforzata, quasi una sua sottospecie qualificata, con la conseguenza di conferire alla logica decadenziale dell'annullabilità il valore di principio sommerso del sistema». Condivisibile è l'osservazione di S. CIVITARESE MAITTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretativa del diritto emergenziale e azione di mero accertamento*, in *Giur. ital.*, 2011, 1438: se il termine di decadenza dell'azione di nullità è differente da quello di decadenza dell'azione di annullamento solo quantitativamente, altrettanto solo quantitativa è la differenza tra nullità e annullabilità. Anche ad A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità*, cit., 294 «alla luce della disciplina vigente pare piuttosto difficile rinvenire una differenza qualitativa tra nullità ed annullabilità». Osserva M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 303, che «la comunanza dei principali profili funzionali e strutturali comporta la sostanziale assimilazione della disciplina della nullità-demolizione a quella dell'annullabilità». Secondo S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 396, «la limitazione dell'esperibilità dell'azione di nullità è inconciliabile con le caratteristiche che contraddistinguono le tipologie di nullità del provvedimento prefigurate dal legislatore». V. anche G. GRECO *et al.*, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017, vol. I, 276; e V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021, 127.

³⁹ La formula virgolettata è tratta da Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, punto 10.3 della motivazione. Bisogna, tuttavia, rilevare che, per il suo carattere asimmetrico, è realmente difficile, ed anzi impossibile, condividere che l'attuale disciplina della nullità raggiunga lo scopo di conferire certezza e stabilità ai rapporti amministrativi. Osserva V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione*, cit., 127, che, per effetto della disciplina asimmetrica, gli atti amministrativi viziati da nullità sono posti «in una posizione di perdurante pendenza».

5. *Nullità, decadenza, inoppugnabilità*

La prima disposizione, ravvicinando il trattamento (non solo processuale) della nullità a quello della annullabilità, fornisce una ulteriore e determinante prova che lo stato viziato confacente alle caratteristiche della dinamica di diritto amministrativo è soltanto l'annullabilità. Il provvedimento nullo, per espresso disposto di legge, è, alla stessa stregua di quello annullabile, efficace e idoneo a divenire inoppugnabile per coloro che ne subiscono gli effetti pregiudizievoli⁴⁰.

Se il provvedimento nullo è, secondo la sua disciplina positiva, fisiologicamente efficace, se per farne cessare l'efficacia è necessario ricorrere al giudice entro un breve termine di decadenza, se, in difetto di tempestivo ricorso, gli effetti si consolidano (il provvedimento nullo diventa inoppugnabile), se ne deve dedurre che l'azione di nullità non si presenta affatto come una azione di accertamento (come viene qualificata dal codice processuale e, in modo pedissequo, dalla dottrina⁴¹), bensì deve essere classificata come azione costitutiva, uguale (o simile) all'azione di annullamento⁴².

Se non fosse stata inserita la seconda disposizione contenuta nel quarto comma, si potrebbe tranquillamente sostenere che, con l'art. 31 c.p.a., si sarebbe ripristinata la disciplina originaria, fondata su un solo stato viziato, l'annullabilità, in piena armonia con la (accennata) unitarietà del vizio che la determina, la illegittimità (per qualunque causa) del provvedimento.

6. *L'asimmetria della disciplina*

Tuttavia la seconda disposizione c'è, e, per la sua asimmetria, complica il quadro complessivo⁴³.

⁴⁰ Tenendo conto di ciò, appare privo di senso pratico il diverso termine di decadenza per la proposizione del ricorso. Anche perché, non essendo quasi sempre chiaro se in concreto il provvedimento (ritenuto) illegittimo, debba considerarsi nullo o annullabile, la prudenza impone di impugnarlo entro il termine relativo alla annullabilità.

⁴¹ Cfr. E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 209; P.M. VIPIANA, *L'azione (di accertamento delle) nullità*, in P.M. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019, 191; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 198. Più articolato è il pensiero di A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., 348 ss.; e di F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 123 ss. Sull'azione di nullità prima del c.p.a., v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 795 ss.

⁴² Si rifletta sui poteri di autotutela: l'amministrazione ha il solo potere di annullamento (d'ufficio). Se intende rimuovere un atto nullo, non può che considerarlo (o equipararlo all'atto) annullabile, per poterlo annullare. Anche per l'atto nullo dovrebbero di conseguenza valere i limiti e le condizioni cui è soggetto l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

⁴³ Sul punto v. B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., 281 ss.

In forza di essa la nullità si presenta in modo diverso a seconda della parte ricorrente, della parte resistente e del giudice del processo di cognizione⁴⁴.

Il primo problema che si pone è se, per identificare le parti, ricorrente e resistente (secondo il linguaggio usato dal codice), occorra riferirsi alla posizione processuale o alla situazione sostanziale degli interessati. Può avvenire, infatti, che i soggetti che subiscono gli effetti sfavorevoli del provvedimento nullo, ed abbiano interesse ad (e l'onere di) impugnarlo, non siano necessariamente coloro che ricorrono al giudice.

L'ipotesi si realizza quando il processo attiene, non al provvedimento nullo, ma a provvedimenti che siano (in qualche modo) collegati con (o dipendenti dal) l'atto nullo (non impugnato, per qualsiasi ragione): i soggetti che hanno interesse a far valere la nullità, e, in particolare, le amministrazioni diverse dall'autrice dell'atto nullo, possono presentarsi, nel processo sull'atto conseguente, come resistenti, e non come ricorrenti; viceversa, i soggetti che hanno interesse ad avversare la tesi della nullità, e dovrebbero essere resistenti nel processo di impugnazione dell'atto nullo, possono assumere la posizione di ricorrenti nel processo sugli atti collegati o conseguenti⁴⁵.

A me sembra chiaro che, se si fa riferimento alle posizioni processuali delle

Può essere interessante sapere che la disciplina differenziata della nullità non è del tutto inedita: corrisponde per grandi linee alla disciplina dettata dal codice civile del 1865. Ai sensi dell'art. 1300, l'azione di nullità poteva essere proposta entro cinque anni, era cioè soggetta a prescrizione; per il successivo art. 1302, l'eccezione di nullità poteva essere opposta da chi è convenuto e non era soggetta a prescrizione.

⁴⁴ La disciplina asimmetrica è contraddittoria rispetto alla esigenza di «dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi»: l'incertezza e la instabilità rimangono, poiché la nullità può essere eccepita e rilevata d'ufficio in qualsiasi tempo. Il termine di decadenza non è sufficiente per eliminarle, e si risolve, quindi, in una disposizione, da un lato, inutile, e dall'altro, di sfavore verso chi subisce le conseguenze della nullità e di favore per chi vi ha dato adito.

⁴⁵ Per rendere chiaro il problema ricorro alla illustrazione di un caso recentemente deciso dal Consiglio di Stato in modo difforme da come l'aveva deciso il giudice di primo grado (il che è sintomatico della difficoltà del problema).

Viene rilasciata una autorizzazione unica regionale per la realizzazione di un impianto eolico, nonostante il parere negativo della Soprintendenza per i beni paesaggistici. La contrarietà al parere viene considerata dal giudice di appello (non da quello di primo grado) come vizio di nullità dell'autorizzazione (soluzione opinabile, ma in questa sede utile per impostare il problema illustrato nel testo). L'amministrazione statale competente non impugna l'autorizzazione nulla; ma, iniziati i lavori di realizzazione degli impianti, li sospende. La Regione e l'impresa ricorrono al Tar, il quale accoglie il ricorso, affermando che l'atto di inibizione era illegittimo in quanto in contrasto con l'autorizzazione che, benché nulla, rimaneva efficace non essendo stata tempestivamente impugnata dall'amministrazione statale. Interpreta, pertanto, il termine ricorrente con riferimento alla posizione sostanziale delle parti in giudizio (Tar Molise, Sez. I, 23 giugno 2016, n. 268). Il giudice d'appello decide in senso opposto: stabilisce che, nel giudizio sull'atto inibitorio, l'amministrazione statale, in quanto resistente, può eccepire la nullità dell'autorizzazione, pur non avendola tempestivamente impugnata (Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120).

parti, nel caso che vi sia interversione rispetto alla loro posizione sostanziale, la asimmetria del trattamento può avere conseguenze diverse da quelle che il legislatore si proponeva, ossia – c'è da scommetterci – un trattamento di favore per le amministrazioni pubbliche, le quali sono normalmente parte resistente nel processo sul provvedimento nullo.

Il problema relativo a chi spetti di azionare e a chi spetti di eccepire la nullità si pone anche nel caso in cui sia una amministrazione che intenda impugnare, perché lesa nei suoi interessi (pubblici) o per legittimazione *ex lege*, provvedimenti (considerabili) nulli, adottati da altre amministrazioni. In tal caso l'amministrazione, come qualsiasi altro ricorrente, ha (o dovrebbe avere) l'onere di rispettare il termine dei centottanta giorni, a pena di decadenza. Ma, ci si può chiedere, è questo risultato che il legislatore ha inteso raggiungere dettando la disciplina asimmetrica del trattamento della nullità?

7. La rilevabilità d'ufficio

Un secondo delicato problema riguarda il “compito” del giudice, che si accorga della nullità del provvedimento oggetto del giudizio⁴⁶: può o deve rilevarla d'ufficio? Attiene alla discrezionalità del giudice rilevare o meno la nullità?

In giurisprudenza si trova un orientamento relativo alla ipotesi in cui la rilevazione d'ufficio giovi alla parte che aveva l'onere di impugnare il provvedimento nullo, non lo aveva fatto: in tal caso è stato deciso che la nullità non possa essere rilevata d'ufficio, anche se risulti evidente negli atti del processo, perché si eluderebbe l'onere di impugnazione entro il breve termine di decadenza, stabilito dall'art. 31⁴⁷.

La giustificazione (condivisibile o meno che sia⁴⁸) attiene ad un caso partico-

⁴⁶ La locuzione contenuta nel quarto comma dell'art. 31 c.p.a. è la seguente: «la nullità dell'atto può sempre [...] essere rilevata d'ufficio dal giudice».

⁴⁷ «Se è vero – afferma Cons. Stato, Sez. III, 1° luglio 2019, n. 4566 – che la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice amministrativo, come pure prevede l'art. 31, comma 4, c.p.a., il rilievo della nullità da parte del giudice in via officiosa non può intervenire quando sia la parte stessa a far valere detta forma di invalidità, in via di azione; l'esercizio del potere officioso da parte del giudice, in tale caso, renderebbe vana la previsione stessa del termine decadenziale per la deduzione del vizio in via autonoma da parte del ricorrente. [...] La regola *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum* trova dunque necessaria applicazione anche con riguardo alla deduzione della nullità nel giudizio amministrativo, da parte del ricorrente, *ope actionis*, in quanto la possibilità di dedurla sempre dalla parte resistente o di rilevarla sempre da parte del giudice è consentita solo, e appunto, quando la nullità viene in rilievo *ope exceptionis*».

⁴⁸ L'orientamento riportato rende evidente come, nel convincimento del giudice, la nullità non sia ontologicamente diversa dalla annullabilità, e, quindi, non vada trattata in modo diverso, nonostante il suo potere di rilevarla d'ufficio, che differenzia la disciplina del processo nelle due ipotesi.

lare, che ha per presupposto la mancata tempestiva impugnazione dell'atto nullo da parte di chi ne era onerato (e ne aveva interesse). Fuori di questo caso, se il giudice arriva a convincersi che il provvedimento, della cui legittimità si discute nel giudizio, sia nullo, può discrezionalmente decidere di rilevare o non rilevare la nullità, influenzando in tal modo, con il suo comportamento, sull'esito del giudizio, e favorendo in tal modo una delle parti, a detrimento delle altre?

Ove si parta dall'idea che "compito" del giudice è di rendere giustizia (applicando solo, ma pienamente, la legge), non può riconoscersi alcuna discrezionalità nel rilevare la nullità: rilevarla è doveroso; non rilevarla conduce (o può condurre) ad un esito del processo contrastante con il fondamentale principio di legalità. E questo rilievo – io credo – si può estendere anche al caso particolare nel quale la giurisprudenza, per supportare (o non elidere) l'onere di tempestiva impugnazione, ha statuito di non dovere, anzi di non potere, rilevare la nullità.

Si deve concludere che, anche sotto il profilo della rilevabilità d'ufficio della nullità, l'asimmetria del trattamento comporta problemi di difficile (o perplessa) soluzione.

8. *Dubbi di legittimità costituzionale*

Il problema più grave che deriva dalla disciplina asimmetrica della nullità attiene alla sua incerta legittimità costituzionale: non è contestabile che l'asimmetria si risolva nel trattamento sperequato, sia sul piano sostanziale (perché l'efficacia che comunque consegue all'atto nullo, a prescindere dalla sua impugnazione, favorisce coloro che beneficiano degli effetti del provvedimento nullo e può sfavorire altri soggetti, pubblici o anche privati), sia sul piano processuale, perché, essendo l'azione di nullità soggetta ad un breve termine di decadenza, mentre l'eccezione può essere sempre proposta, si ha un diverso trattamento tra le parti del giudizio, in contrasto con i principi del giusto processo, tra i quali campeggia il principio di parità delle parti.

A me sembra inoltre che l'asimmetria del trattamento processuale della nullità non abbia alcuna giustificazione razionale: se vuole essere un trattamento di favore per l'amministrazione al cui comportamento la nullità è imputabile, l'asimmetria è ancora meno giustificabile: l'amministrazione è tenuta al rigoroso rispetto del principio di legalità⁴⁹. Si rammenti che i provvedimenti amministrativi sono atti unilaterali, per cui la nullità è imputabile solo all'amministrazione.

⁴⁹ Pone in rilievo M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire*, cit., 1021, che «la rilevabilità d'ufficio della nullità, impiegata nel particolare contesto pubblicistico, si presta ad essere piegata agli interessi dell'amministrazione. La previsione di nullità, anziché porsi quale strumento di garanzia, idoneo ad accrescere le possibilità di tutela degli interessi dei privati nei confronti dell'amministrazione, risulta in concreto posta a vantaggio della sola pubblica amministrazione, la quale finisce per beneficiare di atti da lei stessa compiuti in violazione della legge».

A prescindere dai profili di costituzionalità, mi sembra chiaro che la disciplina della nullità, come disegnata dall'art. 31 c.p.a., denuncia lo sforzo di tenerla distinta dalla disciplina dell'annullabilità quel tanto che consenta di giustificare la coesistenza di entrambe le figure di invalidità, senza compromettere più di tanto la funzionalità del sistema. Si tratta di uno sforzo, imposto dalla introduzione della nullità in un contesto disciplinare inadatto, che conduce soltanto a complicare inutilmente il quadro delle invalidità del provvedimento amministrativo.

9. *Sul difetto assoluto di attribuzione*

Non si pensi che la tassatività e la (apparente) chiarezza delle ipotesi di nullità stabilite dalla legge impedisca che sorgano incertezze nella individuazione dei vizi che la determinano. Ognuna delle ipotesi elencate nell'art. 21-*septies* ha consistenza e confini difformemente apprezzabili, come dimostra un sia pure rapido sguardo alla giurisprudenza che si è formata in materia, e che non è immune da contrasti.

Le incertezze maggiori attengono alla ipotesi di difetto assoluto di attribuzione⁵⁰, nonostante che esso sia (stato inteso⁵¹ come) corrispondente alla (risalente e fondamentalmente chiara) figura della carenza di potere in astratto, con esclusione dei vizi rapportabili alla carenza di potere in concreto⁵². Per cui,

⁵⁰ Sulla nullità per difetto assoluto di attribuzione v. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 865; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 409 ss.; M. D'ORSOGNA, *La invalidità*, cit., 327.

⁵¹ Cass., S.U., 3 ottobre 2016, n. 19682: «secondo una giurisprudenza amministrativa ormai consolidata [...] con la l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-*septies*, il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. "carenza in astratto del potere", cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità i casi della c.d. "carenza del potere in concreto", ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge (Cons. Stato, Sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228; Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671). E l'orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato talora ripreso anche da questa Corte, con l'affermazione che "il difetto assoluto di attribuzione delineato in via generale dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-*septies* (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) è configurabile solo in casi, per lo più di scuola, in cui un atto non possa essere radicalmente emanato dall'autorità amministrativa, in quanto priva di alcun potere nel settore (Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266)». Cfr. anche Cass., S.U., 23 settembre 2014, n. 19974.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2017, n. 45: «la giurisprudenza di questo Consiglio ha altresì chiarito che attraverso l'articolo 21-*septies* della l. 241 del 1990 il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. 'carenza in astratto del potere', cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della

ad esempio, il vizio di legittimità dei provvedimenti assunti oltre il termine di legge, in quanto correntemente ascritto alla figura della carenza di potere in concreto, ne determina (soltanto) l'annullabilità⁵³.

Il primo ostacolo alla chiarezza della ipotesi di nullità è dato dalla incertezza della distinzione tra attribuzione del potere e competenza, ossia, in termini rovesciati, tra incompetenza assoluta e incompetenza relativa.

In teoria possono aversi almeno due prospettazioni: il potere è attribuito alla persona giuridica pubblica, ed è poi distribuito tra i suoi organi. Per cui il provvedimento, adottato dall'organo diverso da quello cui è stato distribuito è affetto da incompetenza, ed è quindi annullabile; il provvedimento, adottato da altra persona giuridica, è invece nullo per difetto di attribuzione⁵⁴.

Ovvero il potere è attribuito in funzione della materia, del settore di azione amministrativa; per cui il provvedimento adottato da una qualsiasi amministrazione appartenente al settore può, se illegittimo, essere annullabile; se adottato da amministrazione estranea a quel settore, è viceversa nullo, per difetto assoluto di attribuzione⁵⁵.

annullabilità i casi della c.d. 'carenza di potere in concreto', ossia del potere pur astrattamente sussistente) esercitato senza i presupposti di legge pur astrattamente sussistente) esercitato senza i presupposti di legge (in tal senso: Cons. Stato, V, 30 agosto 2013, n. 4323). E il sostanziale superamento normativo della pregressa teorica della carenza di potere di concreto è idoneo, appunto, a superare le incertezze applicative di una figura di incerta collocazione sistematica attraverso cui si annetteva la più grave delle forme patologiche dell'atto ad ipotesi (quali quelle della mancanza dei presupposti e delle condizioni per il legittimo esercizio del potere) tipicamente riconducibili alla categoria dell'illegittimità per incompetenza o violazione di legge».

⁵³ Esempi: provvedimento di espropriazione adottato oltre il termine stabilito della dichiarazione di pubblica utilità (Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1383; C.G.A.R.S., 21 luglio 2015, n. 571); provvedimento assunto dopo la formazione del silenzio, anche del silenzio significativo (Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 1040, in tema di diniego fuori termine di condono edilizio: «l'adozione di un provvedimento espresso di diniego dopo la formazione del titolo abilitativo *per silentium* configura una violazione dei limiti legali all'esercizio di tale potere, ma non anche un difetto di attribuzione; circostanza questa confermata dalla pacifica possibilità per l'amministrazione di esercizio dell'autotutela, la quale, come è noto, costituisce, sia pur sub specie di *contrarius actus*, espressione del medesimo potere esercitato con l'adozione del provvedimento oggetto di rito (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2018, n. 1795)».

⁵⁴ A questo schema sembra ispirarsi Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120.

⁵⁵ A questo schema sembra ispirarsi Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2017, n. 45: «l'appellante sembra concentrare il proprio sforzo argomentativo sulla tesi della nullità per avere il Comune operato in ipotesi di difetto assoluto di attribuzione, trattandosi in realtà di competenza demandata *ex lege* all'amministrazione provinciale e alle sue articolazioni. Il motivo non può in alcun modo trovare accoglimento in quanto, se pure dovesse concludersi nel senso che il Comune abbia adottato atti eccedenti la propria sfera di attribuzioni (il che, peraltro, non è), gli atti in questione potrebbero al più essere dichiarati illegittimi per incompetenza relativa, ma non certo radicalmente nulli. Al riguardo non si può che richiamare il consolidato orientamento volto a delimitare in modo assai rilevante l'ambito di esplicazione della richiamata ipotesi di nullità. Questo Consiglio ha in numerose occasioni affermato che il difetto assoluto di attribuzione, quale causa

Personalmente sono convinto che sia questa seconda la soluzione giusta, anche se occorre temperarla con l'ambito territoriale di operatività di ciascuna autorità⁵⁶.

Il quadro si complica ulteriormente se si riconosce, come forse è necessario, l'esistenza di poteri impliciti, non espressamente contemplati dalla legge⁵⁷.

Scendendo alla casistica, sottolineo che è stato considerato nullo, per difetto assoluto di attribuzione il provvedimento adottato in base a norma (attributiva di potere) che venga dichiarata, in altro giudizio, incostituzionale: in tal caso il giudice deve rilevare d'ufficio la nullità, ove non sia stata dedotta dalle parti. Anzi il giudice, se dubita della incostituzionalità della norma attributiva del potere, in forza del quale è stato adottato il provvedimento oggetto del giudizio, deve sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità, anche se tale questione non sia stata prospettata dalle parti ed anche se non è stato proposto alcun motivo che la possa coinvolgere⁵⁸.

di nullità del provvedimento amministrativo, evochi la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma attribuisce (in tal senso: Cons. Stato, IV, 19 dicembre 2007, n. 2273; id., V, 2 novembre 2011, n. 5843; id., VI, 27 gennaio 2012, n. 372; id., V, 30 agosto 2013, n. 4323; id., VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). Si tratta di un'ipotesi che evidentemente non sussiste nel caso in esame atteso che il complesso delle disposizioni statali e regionali richiamate dalla stessa appellante attribuisce certamente il potere di adottare gli atti della cui validità qui si discute, con la conseguenza che le questioni inerenti l'attribuzione all'uno piuttosto che all'altro livello di governo delle relative competenze non coinvolgono la categoria della nullità, bensì quella dell'incompetenza (relativa)».

⁵⁶ Un decreto di esproprio emanato da un prefetto di altra provincia è nullo o annullabile? Il permesso di costruire rilasciato dal dirigente di altro Comune è nullo o annullabile?

⁵⁷ «Si tratta di poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri» (Cons. Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972).

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5056. Mi sembra opportuno riportare il brano centrale della motivazione: il giudice può «sollevare, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale, indipendentemente dalla proposizione di appositi motivi di censura di parte, allorché dubiti dell'esistenza stessa del potere esercitato – o da esercitare – in capo all'Amministrazione; in tal caso, infatti, viene in discussione non la concreta modalità di esercizio del potere – così come disciplinata dalla norma applicata o da applicare, da parte dell'Amministrazione che di quel potere è dotata – ma la sussistenza stessa del potere in capo a chi l'ha esercitato e, quindi, del presupposto fondante della stessa azione amministrativa; con la conseguenza che la sentenza declaratoria di incostituzionalità della norma che attribuisce tale potere, resa in seno ad un determinato giudizio, può, non di meno, essere invocata in altra controversia non ancora definita anche qualora la relativa questione di legittimità costituzionale o la specifica censura di carenza assoluta di potere non sia stata in quel giudizio sollevata, dal momento che, nella situazione di carenza di potere che, in tal caso, viene a determinarsi, la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma è anche in grado di comportare la nullità dell'atto adottato in sede di applicazione della norma stessa; ciò che, invece, non si verifica nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale non contesti la sussistenza del potere in capo all'amministrazione, ma si limiti a ritenere illegittime le modalità di esercizio dello stesso come disciplinato in sede di produzione normativa». Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363.

Altresì nullo, secondo la giurisprudenza, è da qualificare il provvedimento che sia adottato in base ad una norma di diritto interno, attributiva di potere, che sia incompatibile con il diritto comunitario, e sia quindi disapplicabile. A differenza del provvedimento, che sia adottato in violazione di una norma (attributiva di potere) di diritto comunitario: in questo caso il provvedimento è (soltanto) annullabile⁵⁹.

10. *Nullità e conferenza di servizi*

Particolari problemi, in ordine alla ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione pone il provvedimento adottato a conclusione della conferenza di servizi.

La giurisprudenza (assai limitata) tende a differenziare a seconda del tipo di conferenza e a seconda delle amministrazioni dissenzienti⁶⁰.

Nel caso di conferenza indetta per acquisire «pareri, intese, concerti, nulla-osta o altri atti di assenso, comunque denominati»⁶¹, nella quale l'attività delle amministrazioni diverse dall'amministrazione precedente «si inserisce a vario titolo (per lo più in esercizio di funzione consultiva) nell'ambito di un unico procedimento», e la conferenza è finalizzata all'esame «sincronico della pluralità di interessi pubblici coinvolti», il dissenso di una delle amministrazioni non provoca nullità, dato che è l'amministrazione precedente ad essere attributaria del potere.

Diversa è la conferenza di servizi che sia semplicemente il luogo di confluenza di «distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche»⁶². La conferenza, in questo caso, costituisce un «momento organizzativo di raccordo e di sintesi di una pluralità di autonome potestà provvedimentali», sia pure destinate a confluire «nell'unico provvedimento amministrativo conclusivamente adottato». Ogni amministrazione partecipante alla conferenza resta attributaria del suo potere.

Occorre, a questo punto, distinguere a proposito del dissenso: quello mani-

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1341: «il collegio richiama l'indirizzo giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072, 8 settembre 2008, n. 4263 e 10 gennaio 2003, n. 35; Sez. IV, 21 febbraio 005, n. 579), secondo il quale, mentre la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante (da far valere nell'ordinario termine di decadenza, a pena dell'impugnabilità di tale atto), si ha nullità (o inesistenza) nelle ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario e quindi disapplicabile». Conformi: Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1324; Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1306, e molte altre.

⁶⁰ Traggio le osservazioni che seguono da una sola sentenza: Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120.

⁶¹ Art. 14, co. 2, primo periodo, l. n. 241 del 1990, da ultimo sostituito dall'art. 1, co. 1, d. lgs. 30 giugno 2016, n. 127.

⁶² Art. 14, co. 2, secondo periodo.

festato dalle amministrazioni «preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o della tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini»⁶³, potendo esse rivolgersi al Consiglio dei ministri, non trasferiscono il loro potere all'amministrazione procedente, la quale, anzi, perde anche il proprio potere a favore del Consiglio dei ministri⁶⁴. Pertanto, si può pensare, e in questo senso si è orientata la giurisprudenza⁶⁵, che il dissenso di queste amministrazioni non si limiti a far mancare «un mero presupposto per l'esercizio del potere», ma provochi la nullità del provvedimento conclusivo per difetto assoluto di attribuzione, perché «l'autorità emanante viene ad esercitare (per la parte di competenza dell'amministrazione dissenziente) una potestà che la legge non le ha mai attribuito (e che, anzi, è conferita ad altro organo, come, ad esempio, il Consiglio dei ministri)».

Se ne deve ricavare, *a contrario*, che il dissenso delle amministrazioni che non sono portatrici di interessi sensibili, e non possono rivolgersi al Consiglio dei ministri, non determini la nullità, ma semmai solo l'annullabilità del provvedimento adottato a conclusione della conferenza di servizi.

Tale soluzione giurisprudenziale a me sembra eccessivamente severa, tale da configgere con la finalità propria della conferenza di servizi, che è la semplificazione dell'azione amministrativa: elevando il dissenso di una amministrazione, quale essa sia, partecipante alla conferenza, a causa di nullità, si rischia di rendere la conferenza stessa un modulo di complicazione, anziché di semplificazione, dell'azione amministrativa. Inoltre può non essere convincente che l'amministrazione procedente sia carente di potere in astratto: lo è, forse, in concreto. A mio giudizio, il dissenso può essere semmai causa di annullabilità.

11. Sulla mancanza degli elementi essenziali

Per quel che riguarda l'ipotesi della mancanza degli elementi essenziali, il criterio di fondo, fissato dalla giurisprudenza, è che essa vada ravvisata «soltanto in casi estremi e circoscritti»⁶⁶.

⁶³ Art. 14-*quinquies*, co. 1, l. n. 241 del 1990, nella redazione attualmente in vigore.

⁶⁴ In questo senso S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione e azione*, Firenze, 2020, 274-275.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. IV, n. 6120/2017.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028: «come ancora di recente ribadito da questo Consiglio di Stato (IV, 24 maggio 2016, n. 2202), pur dopo la positivizzazione della nullità 'strutturale' del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto. Questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio da cui l'atto amministrativo è affetto assume connotati di gravità ed evidenza tali da impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure

Ad esempio non vi rientra alcuna «patologia della manifestazione della volontà autoritativa», anche se comporta «una deviazione dalla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile come reato»⁶⁷.

Né vi rientra la mancanza di un atto presupposto, ossia di un elemento esterno al provvedimento della cui validità si tratta⁶⁸.

Un problema interessante e, per quanto mi consta, non ancora risolto, è se l'interpretazione restrittiva dell'ipotesi di mancanza degli elementi essenziali, e, in generale, l'intera disciplina della nullità di diritto amministrativo (ipotesi e trattamento), possa riguardare anche gli atti di diritto privato compiuti dall'amministrazione pubblica.

A me sembra, ma si tratta di una semplice intuizione, che la disciplina della nullità, di cui alla legge sul procedimento e al c.p.a., riguardi, come d'altronde è espressamente previsto, soltanto la invalidità del provvedimento, o, con più precisione, l'attività amministrativa di diritto pubblico⁶⁹; e non riguardi la invalidità dei contratti stipulati dall'amministrazione, e (forse) nemmeno l'invalidità degli accordi, ai quali «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»⁷⁰.

eventualmente illegittima. Solo in questi casi eccezionali non sussistono di conseguenza le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità *ex art. 21-octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale». Cfr. anche Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882. Secondo Sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1958 (citata da Sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 6120), la nullità strutturale si ha solo in caso di «totale irrifiribilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo da rendere impossibile l'imputazione degli effetti al medesimo», ovvero in caso di impossibilità di «identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera occorrerebbe che si producessero gli effetti del provvedimento».

⁶⁷ Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028; Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266.

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. CS, VI, 16 gennaio 2017, n. 105: «l'autorizzazione da parte dell'Amministrazione preposta al vincolo di tutela indiretta non costituisce un elemento essenziale del (successivo) provvedimento che autorizza i lavori di edificazione nell'area indirettamente tutelata, ma soltanto un suo presupposto di legittimità, la mancanza del quale determina, secondo la regola generale (art. 21-octies, comma 1, legge n. 241 del 1990), l'annullabilità (e non la nullità) del secondo provvedimento amministrativo. È sufficiente sotto tale profilo osservare che l'autorizzazione di tutela indiretta rappresenta un presupposto "esterno" rispetto al provvedimento di cui si lamenta la nullità e non può, pertanto, integrare alcuno degli elementi essenziali cui fa riferimento (pur senza individuarli esplicitamente) l'art. 21-septies legge n. 241 del 1990. Gli elementi essenziali di cui all'art. 21-septies legge n. 241 del 1990 sono, invero, elementi "intrinseci" dello stesso provvedimento di cui si lamenta la nullità, la mancanza dei quali incide sulla stessa possibilità di ritenere completamente perfezionata una fattispecie di provvedimento amministrativo. Si tratta, quindi, di un difetto strutturale intrinseco dello stesso provvedimento, che deriva da carenze sue proprie (e non da mancanze "esterne")».

⁶⁹ Riguarda, pertanto, anche l'attività di formazione del contratto.

⁷⁰ Art. 11, co. 2, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 1, co. 47, l. 6 novembre 2012, n. 190.

In giurisprudenza ho rintracciato solo una non recentissima sentenza⁷¹, nella quale, in relazione ad un contratto, la mancanza della capacità d'agire viene intesa come mancanza di «uno degli elementi essenziali dell'atto»⁷². A prescindere dalla condivisibilità della tesi che identifica la capacità con un elemento del contratto, credo che l'orientamento che ha ispirato la sentenza sia di applicare ai contratti dell'amministrazione⁷³ la disciplina civilistica della invalidità e non quella dettata per i provvedimenti amministrativi.

12. *L'Adunanza plenaria del 2020 e il diverso trattamento della nullità*

Un ulteriore sovvertimento nel trattamento della nullità?

Una recente sentenza dell'Adunanza plenaria⁷⁴, molto interessante ma di non facile lettura, conduce a ritenere che la giurisprudenza intenda sdoppiare, sotto il profilo del suo trattamento, la figura della nullità.

Data la delicatezza e la difficoltà dell'argomento, è bene partire dalla illustrazione del caso concreto. In un bando di gara per l'affidamento di un appalto viene inserita una clausola che viene ritenuta nulla, in base ad una disposizione di legge, che testualmente commina tale «sanzione»⁷⁵. La stazione appaltante adotta il provvedimento conseguente, applicando la clausola nulla⁷⁶.

La giurisprudenza, anche molto recente, ritiene (anzi riteneva, prima dell'intervento dell'Adunanza plenaria) che il provvedimento di esclusione sia annullabile, in quanto adottato sulla base di una clausola nulla⁷⁷.

⁷¹ La quale, peraltro, ne richiama una precedente Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281; la quale, a sua volta ne richiama una terza, anzi un parere dell'Adunanza generale (17 febbraio 2000, n. 2).

⁷² Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2010, n. 1156. Partendo dall'idea che «la capacità della pubblica amministrazione di stipulare contratti, correlata alla soggettività giuridica riconosciuta ai sensi dell'art. 11 del codice civile 'secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico', sussiste solo quando sia esercitata conformemente alle procedure definite dal legislatore», la sentenza giunge ad affermare che la violazione di legge «sia in grado di provocare la nullità ove comporti la mancanza di uno degli elementi essenziali dell'atto, come – ritiene il Collegio – nel caso di mancanza di capacità di agire dell'amministrazione».

⁷³ In quel caso si trattava di un contratto di cessione.

⁷⁴ Cons. Stato, Ad plen., 16 ottobre 2020, n. 22, più volte citata. Su di essa v. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 200.

⁷⁵ L'ipotesi concreta attiene ad una clausola contraria all'art. 83, il cui ottavo comma all'ultimo periodo recita: «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

⁷⁶ Esclude una impresa dalla gara.

⁷⁷ Secondo questo orientamento, la esclusione, pronunciata in applicazione della clausola nulla, è «affetta da vizio di legittimità 'ordinario', ossia 'annullabile', in grado cioè di produrre validamente effetti sin tanto che la sua invalidità non venga accertata dal giudice amministrativo

Ciò che in questa sede interessa è il trattamento della nullità della clausola: ad essa risulta applicabile, secondo tale (superato?) orientamento giurisprudenziale, il trattamento prescritto dal quarto comma dell'art. 31, c.p.a.⁷⁸.

La medesima questione⁷⁹ viene portata all'attenzione dell'Adunanza plenaria, la quale va in diverso avviso: stabilisce che la clausola nulla, «in quanto inefficace e improduttiva di effetti, si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge». Pertanto – è da sottolineare – non sono applicabili né l'art. 21-*septies* della legge sul procedimento né l'art. 31 c.p.a.: entrambi «si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed 'integralmente' improduttivo di effetti», mentre «la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiat* [...] non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni»⁸⁰.

Se ne deve dedurre che, secondo l'attuale orientamento dell'organo di nomofilachia, la nullità ha un doppio trattamento, o, meglio, si sdoppia in due figure diverse: la nullità che determina la inefficacia *ex lege* dell'atto cui inerisce, che non comporta alcun onere di tempestiva impugnazione, che si riverbera sui provvedimenti applicativi, determinandone l'annullabilità⁸¹; la nullità “simil-annullabilità”.

(e, quindi, rimossa con sentenza), cui si correla il preciso onere per l'interessato di proporre da subito specifica e tempestiva azione di annullamento» (Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834). Già questo passaggio, per cui la nullità della clausola determina l'annullabilità, e non la nullità, dell'atto che ne fa applicazione, meriterebbe una valutazione critica attenta, ma non è questa la sede per dedicarvisi.

⁷⁸ Secondo la sentenza citata alla nota precedente, in ordine alla clausola «nulla – in quanto tale insuscettibile di produrre validamente effetti – trova applicazione la speciale disciplina processuale dell'art. 31, comma 4, cod. proc. amm., per cui “la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice [...]”. Trattasi cioè di azione non costitutiva, bensì di mero accertamento».

⁷⁹ Ossia il trattamento della clausola nulla. Si badi che, nella ordinanza di rinvio, si dava per scontato che, se la clausola fosse stata ritenuta nulla, andava applicata la disciplina dell'art. 31, quarto comma, c.p.a.: cfr. il quesito *sub* b) al punto 5 della motivazione della sentenza dell'Adunanza plenaria.

⁸⁰ Le frasi virgolettate sono prese dal punto 12.4 della motivazione della citata sentenza dell'Adunanza plenaria.

Il nuovo orientamento dell'Adunanza plenaria ha un precedente in una sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 19 febbraio 2013, n. 1828: «il legislatore ha inteso rimettere alla sola fonte normativa la competenza ad individuare cause di non ammissione a procedure di gara, residuando in capo alle stazioni appaltanti, un'attività di stretta interpretazione di siffatte ipotesi, o comunque di mera ricognizione delle medesime; di tanto vi è conferma proprio nell'ultima parte della disposizione citata che vieta espressamente l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte della *lex specialis*, tale evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale, tale cioè da non esigere nemmeno un'espressa impugnazione, come risulta dal ricorso all'espressione 'comunque'».

⁸¹ I provvedimenti applicativi (il riferimento concreto è al provvedimento di esclusione dalla gara), annullabili, devono essere impugnati nei termini consueti e, in quella sede, si farà valere, come causa della annullabilità, la nullità (e l'inefficacia) della clausola.

Dato tutto ciò, l'azione di nullità è qualificabile come azione di accertamento, ma essa, «è ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto [tenuto ad impugnare l'atto applicativo] abbia interesse al mero accertamento» della nullità della clausola⁸². Ed è esperibile – si deve ritenere – senza termini di decadenza né di prescrizione.

Ciò che è necessario, e insieme sufficiente, per ottenere tutela è che si impugni tempestivamente l'atto applicativo, che anche l'Adunanza plenaria ritenga annullabile, e non nullo⁸³.

A lato di questa figura di nullità resta quella disciplinata dal quarto comma dell'art. 31, c.p.a., che deve essere fatta valere entro il termine di decadenza ivi previsto e che, in difetto di impugnazione, comporta la inoppugnabilità dell'atto nullo, con la conseguenza che gli effetti da questo prodotti si consolidano e permangono fino all'eventuale proposizione (e accoglimento) della eccezione di nullità da parte di chi è legittimato a proporla, o al suo rilievo d'ufficio da parte del giudice.

13. *Due figure di nullità?*

Emergono in tal modo, nel diritto positivo, due figure profondamente diverse di nullità, l'una, espressamente denominata “nullità in senso tecnico”⁸⁴, che è vicina all'archetipo civilistico, mentre l'altra ne è decisamente lontana. Potremmo riservare alla prima la denominazione di “nullità in senso tecnico”, e chiamare la seconda “nullità simil-annullabilità”.

Se in diritto positivo coesistono due figure di nullità, occorre stabilire quando la illegittimità determini la prima figura e quando determini la seconda.

Il problema non è semplice da risolvere; faccio un tentativo, tenendo conto delle indicazioni estraibili dalla sentenza.

La differenza può dipendere anzitutto dalla categoria del vizio: mi sembra

⁸² Punto 11.1 della motivazione della citata sentenza dell'Adunanza plenaria.

⁸³ La clausola nulla è «disapplicabile» (punto 9 della motivazione), e «impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola» (punto 12.3 della motivazione). In dottrina, M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza*, cit., 870, ritiene che la commissione di gara, avvedendosi della nullità della clausola, possa «considerarla automaticamente inefficace, senza che si richieda l'accertamento della nullità dell'atto di esclusione».

Sarei molto prudente nell'ammettere la disapplicazione, da parte dell'amministrazione, di clausole o di provvedimenti, che essa, senza accertamento giudiziale, consideri nulli. Quanto meno alla disapplicazione dovrebbe provvedere la stessa autorità che ha adottato la clausola o il provvedimento nullo; non potrebbe farlo un organo diverso, meno che mai se subordinato (ad esempio il RUP). La disapplicazione inserirebbe nel sistema delle invalidità una ulteriore fonte di incertezze, oltre che di eventuali responsabilità amministrative.

⁸⁴ Punto 12.3 della motivazione della sentenza dell'Adunanza plenaria.

che la prima figura sia legata unicamente alla nullità testuale. Vanno escluse le altre ipotesi di nullità, anche per quello che segue.

La sentenza dell'Adunanza plenaria insiste, poi, sul carattere parziale della nullità: la nullità in senso tecnico sembra poter riguardare soltanto singole clausole, inserite in atti più ampi, che, per il resto, sono e rimangono validi. Atti, inoltre, che, implicando necessariamente successivi atti di applicazione⁸⁵, devono essere atti generali o normativi; dovrebbero essere esclusi gli atti semplicemente presupposti, dato che il loro contenuto unitario o inscindibile comporta che, se essi sono nulli, lo siano integralmente.

Si badi che le considerazioni appena rassegnate sono solo un (rozzo) tentativo di delimitare l'ambito entro il quale la nullità in senso tecnico potrebbe verificarsi, se l'orientamento testé aperto dall'Adunanza plenaria si consolidasse.

L'introduzione, anzi la reintroduzione, di una forma "autentica" di nullità, corrispondente al suo archetipo, è certamente una operazione di grande rilievo e dal punto di vista pratico sarebbe utile: renderebbe più semplice la tutela avverso le clausole nulle e gli atti applicativi (annullabili); evitando di dover proporre due ricorsi, l'uno per far valere la nullità della clausola, l'altro per chiedere l'annullamento dell'atto che ne fa applicazione.

La debolezza della tesi sta nel non avere una qualsiasi base legislativa, anzi nel configgere con l'unico trattamento della nullità, per incongruo che sia, dettato dalla legislazione in vigore.

14. *Considerazioni critiche conclusive*

Esposto il quadro, mutevole nel tempo, complesso, colmo di indicazioni fuorvianti o non convincenti, di dubbia costituzionalità per quel che riguarda la disciplina legislativa, posto in forse dalla giurisprudenza recente, non può che concludersi ritenendolo decisamente inadeguato e fonte di gravi incertezze.

La disciplina, anche ove non si tenga conto delle due diverse figure risultanti dalla recente presa di posizione dell'Adunanza plenaria, è "incostante"⁸⁶, si divide in trattamenti diversi⁸⁷: alla nullità con termini di decadenza si accompagna la

⁸⁵ Nella motivazione della sentenza si sottolinea che la comminazione della nullità della clausola, risalente all'art. d.l. 13 maggio 2011, n. 70, è finalizzata a "imporre alla stazione appaltante di emanare gli ulteriori atti del procedimento senza attribuire rilievo alla clausola escludente *contra legem*, nonché a consentire la piena tutela giurisdizionale – senza preclusioni – quando poi sia emanato l'atto di esclusione" (punto 12.1 della motivazione).

⁸⁶ Anche in relazione al tipo di giurisdizione del giudice amministrativo: di legittimità o esclusiva.

⁸⁷ G. MORBIDELLI, *Della 'triplice' forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 666 ss., individua, senza contare l'innovazione dell'Adunanza plenaria del 2020, sulla base dell'art. 31 c.p.a., tre diverse categorie di nullità: a) «una nullità per violazione od elusione del

nullità con termini di prescrizione; alla nullità rilevabile d'ufficio si collega quella che (forse) non lo è, e non ha bisogno di esserlo, quella, cioè, determinata dalla violazione o elusione del giudicato. Si aggiunga che la disciplina dettata dall'art. 31 non può trovare applicazione quando l'accertamento della nullità del provvedimento cade nell'ambito di giurisdizione del giudice ordinario, ossia quando il provvedimento incide su diritti soggettivi⁸⁸.

La disciplina della nullità resta inoltre incompleta, almeno sul piano del diritto sostanziale, non essendo prevista, nell'ambito della autotutela amministrativa, una misura specifica per rilevarla e farla cessare; tanto che occorre far riferimento all'annullamento d'ufficio; il quale, tuttavia, è legato a tempi e condizioni che per la nullità non appaiono necessari e risultano anzi contrari al suo modo di essere⁸⁹.

Tuttavia il dato più negativo, possibile fonte di inconvenienti, è che, essendo la disciplina della nullità, come si ricava dal quarto comma dell'art. 31 c.p.a., nel suo nucleo non dissimile da quella della annullabilità, compresa la necessità di ricorrere al giudice entro il termine di decadenza per farla valere, i provvedimenti gravemente viziati, quelli cui ci si riferisce come ipotesi di scuola, e che la Cassazione nei decenni decorsi qualificava come inesistenti⁹⁰, rischiano anch'essi di rimanere efficaci per lungo tempo, o addirittura per sempre.

L'aspetto grave, perfino pericoloso, della disciplina legislativa della nullità, è che essa tratta (quasi) come se fossero semplicemente annullabili provvedimenti che, prima che tale disciplina entrasse in vigore, erano sicuramente inidonei a

giudicato il cui accertamento è rimesso al giudice (amministrativo) dell'ottemperanza»; b) «una nullità per le ipotesi previste dalla legge, devoluta alla giurisdizione amministrativa di legittimità, e per le quali la relativa azione va proposta entro il termine di decadenza di 180 giorni»; c) «da nullità-inesistenza, per carenza di uno degli elementi essenziali (di contenuto, di oggetto, di riferibilità)».

⁸⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invaldità e inesistenza*, cit., 594. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 198.

⁸⁹ Sul problema v. F. VETRÒ, *L'azione di nullità*, cit., 58 ss. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799: «il fatto che la rilevanza di ufficio della nullità sia dall'art. 31, co. 4, c.p.a. demandata solo al giudice, esclude che la medesima nullità possa essere rilevata *ex officio* dalla Pubblica Amministrazione (se non attraverso l'esercizio, ove ne ricorrano i presupposti, del potere di autotutela su atto proprio). Ciò appare coerente con il disegno complessivo del legislatore, che – pur in presenza dell'introdotta istituzione della nullità – ha inteso conciliare quest'ultima con il più generale principio di imperatività dell'atto amministrativo, e, quindi, con la conseguente suscettività di produrre effetti da parte del provvedimento invalido (ma non ancora dichiarato tale). E ciò il legislatore ha perseguito sia con il prevedere un termine di decadenza (onde ottenere la stabilizzazione delle situazioni giuridiche sorte per effetto del provvedimento invalido), sia con il limitare al solo giudice (escludendo tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, e quindi non solo i soggetti privati, ma anche la stessa Pubblica Amministrazione), il potere di dichiarare *ex officio* la nullità, salvo la possibilità per la P.A., ove ne ricorrano i presupposti, dell'esercizio del potere di autotutela sull'atto nullo da essa stessa emanato».

⁹⁰ I provvedimenti, ad esempio, cui fa riferimento il secondo comma del § 44 della tedesca *Verwaltungsverfahrensgesetz*,

produrre qualsiasi effetto e, pertanto, non potevano in alcun modo essere pregiudizievoli per chicchessia⁹¹.

In termini brevi, il peggiore difetto della figura positiva della nullità in diritto amministrativo è che essa ha tolto di mezzo la figura autentica della nullità, o, se si vuole, della inesistenza; la quale costituisce un baluardo insostituibile contro gli atti aberranti, posti in essere, ad esempio, da autorità del tutto prive di potere, o riguardanti oggetti del tutto sottratti al potere dell'amministrazione⁹². I provvedimenti aberranti, secondo la disciplina in vigore, se non tempestivamente impugnati, sono idonei a produrre a tempo indeterminato i loro effetti pregiudizievoli⁹³.

Prima dell'entrata in vigore del codice processuale, questo problema non esisteva.

Presa nel suo insieme, la disciplina positiva della nullità è ingiustificatamente complessa, gravemente lacunosa, fonte di sperequazioni, gravida di aspetti problematici⁹⁴: assolutamente insoddisfacente.

⁹¹ V. LOPILATO e F. CARINGELLA, *Articolo 31*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, 2015, 419, rilevano che, con la disciplina vigente, «si potrebbero consolidare per decorrenza dei termini, nei confronti di chi ha interesse all'impugnazione, gli effetti di un provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione e cioè quando, tra l'altro, nessuna norma attribuisce il potere alla pubblica amministrazione».

⁹² La nullità, sottolinea A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, 5, ha «senso proprio se ed in quanto il suo trattamento giuridico si distacchi nettamente dal regime di un'annullabilità che si rivela, sia pur non frequentemente, 'scomoda' per la stessa autorità amministrativa».

⁹³ È indispensabile una figura di invalidità, o la riammissione della nozione di inesistenza, dei provvedimenti aberranti, che comporti la loro inidoneità in radice a produrre effetti giuridici. Questa era d'altronde l'esigenza cui si ispirava la modifica introdotta nel 2005. Nella elaborazione del codice del processo amministrativo la disciplina dell'azione di nullità non ha tenuto conto di tale vitale esigenza. Sul problema, nella prospettiva di risolverlo per così dire *praeter legem*, svolgono interessanti osservazioni M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 281 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Invalidità e inesistenza*, cit., 595 ss.

⁹⁴ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 383, definiscono "ibrida" la disciplina della nullità.

Per A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità*, cit., 270, «l'iscrizione della nullità tra le *species* di invalidità predicabili nei confronti dell'atto amministrativo, piuttosto che fungere da stabile punto di riferimento per definire il regime giuridico della figura, ha finito per generare svariati interrogativi (anche di teoria generale) sul trattamento giuridico delle (diverse tipologie di) difformità dell'atto amministrativo, i quali prendono (una più precisa) forma in particolare alla luce dell'analisi della giurisprudenza amministrativa, che (oramai) senza esitazione, ma con evidenti 'oscillazioni', fa uso della nullità stessa».

Abstract

Muovendo da un inquadramento storico della invalidità del provvedimento amministrativo, il lavoro rilegge criticamente le tappe che hanno portato alla previsione, nel contesto della legge sul procedimento amministrativo, della nullità nella sua molteplice configurazione, e ne individua le principali criticità e differenze rispetto al sistema civilistico, soprattutto dopo la entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Una disciplina che, ad una attenta lettura, ha trasformato la nullità in una annullabilità rinforzata, cui è, tra l'altro corrisposta la pericolosa eliminazione della inesistenza.

Una lettura critica della disciplina processuale, anche alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, è condotta anche con riferimento ai procedimenti complessi e ad altri profili quali la legittimazione a sollevare l'eccezione di nullità, anche d'ufficio, evidenziando quelle asimmetrie che caratterizzano l'intera disciplina.

Asimmetrie che, essendo all'origine di un trattamento sperequato, tanto sul piano processuale quanto sostanziale, risultano di dubbia costituzionalità. L'analisi intercetta anche il provvedimento adottato a conclusione della conferenza di servizi, in particolare con riferimento al dissenso, anch'essa densa di profili di criticità che, nell'insieme, portano a dubitare fortemente della satisfattività della sua disciplina.

The enigma of the nullity of administrative decisions

by Franco Gaetano Scoca

Starting from a historical framework of the invalidity of administrative decisions, the paper analyses the stages that led to the provision, in the context of the law on administrative procedure, of the nullity in its multiple configuration, and identifies the main criticalities and differences with respect to the civil law regulation, especially after the entry into force of the Code of the Administrative Trial. A regulation that, upon careful reading, has transformed nullity into a reinforced annulment, leading, among other things, to the dangerous elimination of nonexistence.

A critical reading of the Administrative Trial regulation, also in the light of the most recent jurisprudential arrests, is also conducted with reference to complex proceedings and profiles, such as the legitimacy to the exception of nullity, even *ex officio*, highlighting those asymmetries that characterize the whole regulation.

Asymmetries which, being at the origin of unequal treatment, both on a

procedural and substantive level, are of dubious constitutionality. The analysis also intercepts the decision that ends the multilevel decision process (so-called “conferenza di servizi”), in particular with reference to dissent, and its criticalities that, added to the others on the whole, lead to strongly doubt the adequateness of the regulation of the nullity of administrative decisions.