

Il diritto dell'economia

rivista trimestrale di dottrina,
giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Diretta da:
Elio Casetta, Andrea Comba, Vittorio Gasparini Casari, Guido Greco,
Maurizio Sella, Gustavo Vignocchi †

Presidente del consiglio direttivo:
Franco Bassi

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di economia e commercio
e giurisprudenza

Università commerciale Luigi Bocconi di Milano
Facoltà di economia e commercio

Università di Camerino
Facoltà di giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di giurisprudenza, economia e commercio
e scienze bancarie, finanziarie ed assicurative

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di economia e giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di economia e commercio

Estratto



Mucchi Editore

Recensioni

MARINA D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004.

L'opera in epigrafe costituisce un importante contributo monografico su un istituto, quello della nullità in diritto amministrativo, da sempre al centro di vivaci dibattiti in dottrina¹, ed oggi più che mai tornato di grande attualità grazie alle recenti disposizioni legislative sul sistema delle invalidità del provvedimento.

Recentemente, infatti, nell'ambito delle nuove norme sull'azione amministrativa, introdotte dalla legge n. 15 del 2005, ha trovato riconoscimento in via generale la qualificazione del provvedimento nullo, da parte del nuovo art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990, in tre distinte ipotesi espressamente previste (e, cioè, quando il provvedimento sia in tutto od in parte privo degli elementi essenziali, in caso di carenza assoluta di potere in capo all'autorità amministrativa emanante o di provvedimento emanato in violazione od elusione di giudicato), nonché in tutte le altre ipotesi espressamente previste dalla legge.

L'impatto sull'ordinamento di una siffatta codificazione del provvedimento nullo deve ancora essere pienamente valutato², anche se sin da ora

¹ Per una bibliografia essenziale in tema di nullità in diritto amministrativo e, in particolare, di atto e provvedimento amministrativo nullo, cfr. GIANNINI M.S., (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 157 ss.; TOMEI R., *Note in tema di nullità ed annullabilità*, in *Riv. Amm.*, 1989, pp. 892 ss.; CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 299 ss.; ARACRI A., *Problemi nuovi in tema di nullità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1994, pp. 1017 ss.; VIRGA P., *Diritto amministrativo – atti e ricorsi*, Milano, 2001, pp. 115 ss.; BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; ITALIA V. – LANDI G. – POTENZA G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, pp. 239 ss.; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2004, pp. 1675 ss..

In generale, per una visione d'insieme dei principi che regolano l'azione e l'attività amministrativa, cfr. GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, pp. 988 ss.; ID., (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 157 ss.; CASSETTA E., (voce) *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 469 ss.; ID., (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1996, pp. 243 ss.; GASPARINI CASARI V., *Considerazioni sull'azione e sull'attività amministrativa*, in ITALIA V. (ordin.), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, pp. 872 ss..

² Per un primo commento, v. ROCCO F., *Articolo 21-septies – Nullità del provvedimento*, in ITALIA V. (ordin.), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, pp. 872 ss.. Cfr. CARINGELLA F. – SEMPREVIVA M.T., *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2005, pp. 239 ss.; CARUSO G., *Svolta per le regole sull'invalidità formale*, in *Guida dir.*, 10, 2005, pp. 75 ss.; FRAN-

si può sottolineare come il legislatore abbia sostanzialmente ripreso le ipotesi di nullità in senso tecnico cui, ad oggi, aveva dato ingresso il Consiglio di Stato. Infatti, secondo l'impostazione tradizionale dei giudici amministrativi, la nullità del provvedimento (e, in generale, dell'atto amministrativo quale manifestazione di una potestà amministrativa preposta alla cura di un interesse pubblico) si configura, appunto, oltre che nei casi di mancanza di un elemento essenziale, nei casi previsti espressamente dalla legge, nei casi di carenza in astratto di potere (per difetto di attribuzione in capo all'autorità amministrativa) e nei casi di carenza in concreto di potere (atto emanato in contrasto con un giudicato; atto emanato da un ente territoriale con un'efficacia che invada la sfera territoriale di un altro ente)³. In particolare, con attenzione alla linea di confine tra nullità ed annullabilità, il Consiglio di Stato aveva avuto modo di rimarcare che l'atto amministrativo non può qualificarsi "nullo (o inesistente) allorché si discuta unicamente di vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo, e, perciò, dalle modalità del potere che fa capo all'amministrazione e di cui questa si è avvalsa; in tali ipotesi il vizio non attiene all'esistenza dell'atto, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità sua e dei suoi presupposti e, quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità"⁴.

Quanto alle ipotesi testuali, nelle quali la nullità sembra configurarsi come sanzione dell'ordinamento rispetto a fattispecie che non possono risolversi nell'illegittimità – annullabilità, l'ordinamento aveva in precedenza registrato un progressivo e costante inserimento di casi di nullità nelle legislazioni speciali, in particolare: in materia di impiego pubblico (per lo più in relazione ad assunzioni e nomine attuate senza concorso, a conferimenti d'incarichi presso amministrazioni esterne senza preventiva autoriz-

CHINI C. – LUCCA M. – TESSARO T., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Rimini, 2005, pp. 1105 ss.; GIURDANELLA C., *Guida alla riforma del procedimento amministrativo*, Napoli, 2005, pp. 77 ss..

³ Cfr. Cons. stato, sez. IV, 7 maggio 1991, n. 343, in *Foro amm.*, 1991, p. 1363; Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2, in *Foro amm.*, 1992, p. 319; Cons. stato, sez. IV, 29 gennaio 1993, n. 118, in *Foro amm.*, 1993, p. 93; Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 1996, n. 1190, in *Foro amm.*, 1996, p. 1390; Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 1997, n. 272, in *Foro amm.*, 1997, p. 502; Cons. stato, sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, in *Foro amm.*, 1998, p. 420; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Cons. stato*, 1999, I, p. 211; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, in *Cons. stato*, 1999, I, p. 1179; Cons. stato, sez. VI, 5 luglio 2000, n. 3708, in *Foro amm.*, 2000, p. 2692; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, p. 413; Cons. stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2742, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 1349.

Cfr. anche T.A.R. Lazio, Latina, 30 maggio 2003, n. 592, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 1699; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 18 gennaio 2005, n. 93, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 9.

⁴ Cons. stato, sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, *cit.*

zazione dell'amministrazione di appartenenza e ad attribuzione di mansioni superiori in assenza dei presupposti eccezionali previsti dalla legge); di contabilità pubblica (per lo più in relazione a delibere di spesa sprovviste della copertura finanziaria); di *prorogatio* degli organi amministrativi (per lo più in relazione al regime sia degli atti sprovvisti del carattere di straordinaria amministrazione ovvero del carattere di indifferibilità ed urgenza adottati durante la *prorogatio*, sia degli atti adottati da organi decaduti)⁵.

Ora, sul piano sistematico, dovrà essere valutato l'ambito di applicazione di un elenco e di uno schema di ipotesi, quello delineato appunto dal legislatore del 2005, che, solo apparentemente, si configura come tassativo.

In particolare, il passo in avanti compiuto dalla riforma potrebbe risultare incompiuto laddove è stato fatto riferimento ad un contesto – quello degli elementi «essenziali» dell'atto amministrativo – che, ad oggi, manca di una disciplina positiva e che in concreto richiama lo schema degli elementi costitutivi del negozio giuridico. Sinora, la dottrina più autorevole aveva individuato i seguenti elementi essenziali o costitutivi dell'atto amministrativo: soggetto (o agente), elemento volitivo (o volontà), oggetto, contenuto, causa (o finalità ovvero motivi) e forma⁶. Conseguentemente, in relazione alla carenza degli elementi essenziali richiamati *tout court* dall'articolo 21-septies introdotto dalla legge n. 15 del 2005, si potrà continuare ad avere riguardo alle ipotesi, rispettivamente, di mancanza del sog-

⁵ Tra le altre, si vedano le seguenti disposizioni: art. 6, l. 20 marzo 1975, n. 70 (Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente); art. 1, d.l. 23 dicembre 1978, n. 817 - convertito in l. 19 febbraio 1979, n. 54 (Norme transitorie per il personale precario delle università); art. 49, l. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), così come risulta modificato dall'art. 13 l. 26 aprile 1982, n. 181 e dall'art. 16 d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 1983, n. 638, e quindi sostituito dall'art. 17, l. 22 dicembre 1984, n. 887 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato); art. 9, d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761 (stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali); art. 123, D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 (riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica); art. 14, l. 20 maggio 1985, n. 207 (disciplina transitoria per l'inquadramento diretto nei ruoli nominativi regionali del personale non di ruolo delle unità sanitarie locali); art. 55, comma 5, l. 8 giugno 1990, n. 142 (ordinamento delle autonomie locali), sostituito dall'art. 6, comma 11, l. 15 maggio 1997, n. 127 (misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo); artt. 3, 6, d.l. 16 maggio 1994, n. 293 (disciplina della proroga degli organi amministrativi), convertito nella l. 15 luglio 1994, n. 444; art. 19, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali); artt. 52, comma 5, 53, comma 8, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche); art. 19, comma 7, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato: legge finanziaria 2002); art. 30, comma 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289 (disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato: legge finanziaria 2003).

⁶ VIRGA P., *op. cit.*, pp. 35 ss..

getto, mancanza dell'oggetto, mancanza della volontà, mancanza della causa, mancanza del contenuto e mancanza della forma⁷.

In ogni caso, grazie alla «legittimazione» in via generale e sistematica operata dal legislatore, non sembrano superate ed, anzi, rimangono ferme le ipotesi classiche di nullità quale «illegittimità forte», già ampiamente individuate e distinte, nel sistema delle invalidità, dalle ipotesi di illegittimità – annullabilità che, invece, si determinano per la difformità del procedimento e del provvedimento dal proprio schema normativo.

Anche per quanto concerne l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle «questioni» inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi emanati in «violazione» o «elusione» del giudicato, disposta dal comma secondo del nuovo articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990, non mancano talune problematiche interpretative e di sistemazione⁸.

In primo luogo, va ribadito che la qualificazione di tali ipotesi come ipotesi tipiche di nullità era già stata fatta propria dall'orientamento del Consiglio di Stato⁹. Anche se, a ben vedere, questo collegio, nel qualificare specificamente le ipotesi di nullità *eiusdem generis*, non si era soffermato sulla nota dicotomia concettuale tra elusione ovvero violazione di giudicato, ma per lo più aveva preferito l'espresso riferimento alla qualificazione di «elusione», ovvero a quella più ampia di «contrasto»¹⁰. A ben vedere, inoltre, specie con l'orientamento della sezione quinta, tale impostazione aveva rimarcato che «il principio, secondo cui l'atto amministrativo è affetto da nullità quando si pone in contrasto con il giudicato amministrativo, opera solo nel caso in cui la divergenza con quest'ultimo è integrale e non anche quando esso si fon-

⁷ Cfr. Cons. stato, sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, *cit.*; Cons. stato, sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2491, in *Foro amm.*, 1991, p. 1113; Cons. stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2742, in *Cons. stato*, 2004, p. 1349; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 18 gennaio 2005, n. 93, *cit.*.

⁸ In generale, con specifico riferimento alle ipotesi di nullità qui considerate, CARINGELLA F. – SEMPREVIVA M.T., *op. cit.*, pp. 249 ss.; FRANCHINI C. – LUCCA M. – TESSARO T., *op. cit.*, pp. 1119 ss.; GIURDANELLA C., *op. cit.*, pp. 81 ss.; ROCCO F., *op. cit.*, pp. 901 ss..

⁹ Cfr. Cons. stato, sez. V, 14 aprile 1993, n. 494, in *Cons. stato*, 1993, I, p. 544; Cons. stato, sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1329, in *Foro amm.*, 1999, p. 2069; Cons. stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1001, in *Foro amm.*, 2000, p. 411.

¹⁰ Sulla dicotomia concettuale tra elusione o violazione del giudicato, nel contesto della relazione tra obbligo della p.a. di conformarsi al giudicato e poteri del g.a. ed, in particolare, sull'ammissibilità del ricorso per ottemperanza dopo l'adozione di atti esecutivi a contenuto discrezionale, cfr. Cons. stato, sez. V, 27 maggio 1991, n. 874, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 170; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 21 luglio 1995, n. 536, *Foro amm.*, 1996, p. 1040; Cons. stato, sez. IV, 26 giugno 1998, n. 998, in *Foro amm.*, 1998, p. 1718; Cons. stato, sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6419, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2837; Cons. stato, sez. VI, 10 febbraio 2004, n. 501, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 481.

una pluralità di ragioni giustificatrici, almeno una delle quali adduca l'esistenza di un motivo ostativo alla pretesa del privato vittorioso e che non sia stata oggetto della pronuncia coperta da giudicato e non sia comunque da questa esclusa"¹¹. Come ha attentamente fatto notare taluno, alcuni isolati orientamenti del consiglio di stato e, in dottrina, tra gli altri, il Virga, avevano inserito le ipotesi di nullità qui considerate nell'ambito delle cosiddette figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, quindi, le avevano ricondotte al regime dell'illegittimità-annullabilità¹².

In secondo luogo, è opportuno prendere atto che il legislatore ha preferito — forse perché lo riteneva superfluo — omettere di delineare una disciplina compiuta e sistematica delle "questioni" afferenti la giurisdizione e, in generale, del regime della nullità. Sicchè, in un siffatto contesto, si può ritenere convincente la prima lettura di chi ha rilevato che "l'affermazione circa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nelle ipotesi di violazione o elusione del giudicato) può significare di fatto tacita affermazione, o meglio conferma, del fatto che nelle restanti ipotesi di nullità elencate nel primo comma dell'articolo 21-septies, siano da ritenersi di competenza del giudice ordinario"¹³.

In terzo luogo, va osservato che la portata della norma in esame — con la devoluzione, *sic et simpliciter*, di tali "questioni" alla giurisdizione esclusiva —, non sembrerebbe idonea a far ritenere eliminata la cognizione di merito nell'ambito del giudizio di ottemperanza¹⁴. Del resto, in relazione alla giurisdizione, la qualificazione di tali ipotesi di nullità si mostra inidonea a rivestire una più ampia portata sull'ordinamento e sulla regolazione del processo di ottemperanza. Anche se non è mancato chi ha già sollevato dubbi su una simile prospettiva, ritenendo la novella foriera di una limitazione dei poteri del giudice amministrativo proprio in sede di giudizio di ottemperanza¹⁵. Secondo un'altra linea interpretativa, che prende spunto dal disegno di legge e dall'iter parlamentare, è invece da ritenere che "il legislatore abbia voluto concedere una tutela ancora maggiore di quella propria del giudizio di ottemperanza (competenza di merito) — a quei soggetti (persone fisiche o persone giuridiche, private o pubbliche) che siano stati lesi dal comportamento elusivo o di non osservanza del giudicato posto in essere dalla p.a. — ossia estendere in tali

¹¹ Cons. stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, *cit.*. Cfr. anche Cons. stato, sez. V, 14 aprile 1993, n. 494, *cit.*.

¹² ROCCO F., *op. cit.*, pp. 901 ss., il quale richiama, a tal proposito, Cons. stato, sez. V, 31 marzo 1992, I, p. 449, nonché VIRGA P., *Diritto amministrativo — atti e ricorsi*, Milano, 2001, p. 128.

¹³ FRANCHINI C. — LUCCA M. — TESSARO T., *op. cit.*, p. 1119. Cfr. CARINGELLA F. — SEMPREVIVA M.T., *cit.*, p. 249.

¹⁴ CARUSO G., *op. cit.*, pp. 78 ss.. Cfr. CARINGELLA F. — SEMPREVIVA M.T., *op. cit.*, pp. 249 ss.; GIURDANELLA C., *op. cit.*, pp. 81 ss..

¹⁵ Si veda GIURDANELLA C., *op. cit.*, pp. 81 ss..

casi al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione anche al risarcimento dei danni"¹⁶.

Alla luce delle innovazioni di cui alla legge n. 15 del 2005, sembrano senz'altro rimanere fermi i tradizionali punti d'approdo della dottrina più autorevole sul regime giuridico dell'atto (e del provvedimento) amministrativo nullo. È ben noto, secondo l'insegnamento di Virga, che "la nullità opera de iure, con la conseguenza che la eventuale sentenza del giudice che accerti la nullità ha valore solo dichiarativo; può essere fatta valere da chiunque e in qualunque tempo e quindi non solo l'impugnativa non è vincolata da limiti di tempo, ma può essere proposta da qualsiasi soggetto; non è suscettibile di convalidazione e quindi l'atto nullo non può essere sanato o convalidato; può essere tutt'al più, «convertito» in un atto di diverso genere ovvero essere «completato», qualora la nullità derivi da difetto di sottoscrizione; l'atto nullo viene emanato in «carezza di potere» e conseguentemente la competenza a conoscere dell'atto nullo spetta, salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva" – e appunto salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva inerenti alle ipotesi di nullità dei provvedimenti in violazione o elusione del giudicato, come qualificate dalla novella del 2005 –, "all'autorità giudiziaria ordinaria, non essendo il medesimo idoneo a «degradare» il diritto soggettivo del privato in interesse legittimo"¹⁷.

In questo quadro, l'opera in epigrafe, giunta mentre era ancora in corso l'iter parlamentare della riforma e, comunque, in una fase nella quale lo studio della nullità dell'atto amministrativo si stava già misurando con le ipotesi testuali, via via, introdotte *ex lege*, si contrassegna sul piano sistematico per la capacità di superare i tradizionali percorsi ricostruttivi mutuati

¹⁶ ROCCO F., *op. cit.*, pp. 902 ss..

¹⁷ VIRGA P., *op. cit.*, pp. 116 ss.. Sui profili di giurisdizione, in generale, cfr. CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 1733 ss., il quale, criticando l'orientamento testè riportato, afferma che "invero, la corrispondenza tra la nullità dell'atto e la giurisdizione del giudice ordinario non è del tutto corretta, ove si consideri, da una parte, che il riparto di giurisdizione avviene sulla base della natura delle posizioni soggettive fatte valere, e non sul tipo di patologia; e dall'altra, che non sempre a fronte di un provvedimento nullo si configura una posizione di diritto soggettivo. E infatti, se da un lato è vero che la nullità di un provvedimento volto ad incidere su di un preesistente diritto soggettivo del privato rende l'atto inidoneo a degradare il diritto ad interesse legittimo, è pur vero d'altronde che, a fronte di interessi pretesivi, la nullità di un diniego di un provvedimento ampliativo lascia del tutto immutata la posizione soggettiva sottostante, che resta di interesse legittimo, tanto se il diniego sia illegittimo quanto ove sia addirittura nullo. Secondo l'Autore, dunque, vanno differenziate le nullità di atti che incidono su interessi oppositivi da quelle di atti che incidono su interessi pretesivi. In particolare, come per esempio in materia di espropriazione, sono rilevanti, ai fini della giurisdizione, le nullità che inficiano provvedimenti che fronteggiano precisi diritti soggettivi; in tal caso la nullità dell'atto impedisce l'affievolimento del diritto a mero interesse legittimo, con la conseguenza che la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario. Invece, se la nullità afferisce ad un provvedimento che incide su un interesse legittimo pretesivo, o, più in generale, nei casi in cui il provvedimento nullo riguarda un settore nel quale il privato non è titolare di alcun preesistente diritto soggettivo, non v'è ragione di affermare che la giurisdizione spetti al giudice ordinario".

dallo schema del negozio giuridico. Infatti, essa rivisita l'evoluzione del sistema delle invalidità in diritto amministrativo, secondo un'originale ed articolata ricostruzione della nullità – e dei relativi profili concettuali – nell'ambito della illiceità funzionale del provvedimento. Premessa essenziale per un nuovo inquadramento della nullità è, infatti, secondo l'A., l'esigenza di individuare, in ogni processo decisionale della pubblica amministrazione, l'elemento funzionale del provvedimento connesso all'interesse pubblico, il quale assume il ruolo, diverso, di finalità concreta e giuridicamente rilevante al cui soddisfacimento è preposto il potere amministrativo. In altri termini, l'interesse pubblico non assume l'esclusiva e tradizionale funzione di giustificazione extragiuridica dell'attribuzione del potere prefigurata dalla norma, ma assume il ruolo di causa fondante della decisione trasfusa nel provvedimento. Sicchè, la nullità della fattispecie provvedimentale può essere individuata ed isolata in relazione all'interesse pubblico da perseguire in concreto. E soltanto in quest'ottica, è inscindibile il collegamento tra nullità ed inefficacia di una fattispecie provvedimentale. Le basi di tale interpretazione possono cogliersi proprio in relazione alle ipotesi di nullità testuale introdotte dalla legislazione più recente¹⁸, le quali sembrano qualificare una casistica di vizi che determinano l'inefficacia del provvedimento. Ma procediamo per gradi.

Il contributo si articola in quattro capitoli: *la nullità nella teoria della fattispecie; la nullità come fattispecie; nullità ed inefficacia; la ricostruzione funzionale della nullità.*

L'indagine dell'Autrice, richiamate innanzitutto le linee interpretative fatte proprie da un'importante opera di F.G. Scoca (*Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979), ripercorre gli studi sulla teoria della fattispecie precettiva e sulla classificazione dei fatti giuridici in relazione alla produzione degli effetti e, quindi, alla causalità giuridica. Infatti, nell'ambito degli elementi che compongono il fenomeno giuridico – fatto, fattispecie ed effetti – la tematica, più generale, dell'invalidità dell'atto normativo consente di isolare il profilo dell'efficacia, il quale si rivela essenziale per decifrare le vicende delle fattispecie giuridicamente rilevanti. Il profilo dell'efficacia, nel sistema delle invalidità in diritto amministrativo, assume dunque una connotazione fondamentale quale collegamento tra la problematica della fattispecie e quella della nullità. Su questo punto, l'elaborazione dell'Autrice mantiene peraltro una costante visione sui percorsi della dottrina civilistica, ritenuti in certa misura paralleli, che guardano al profilo funzionale del contratto piuttosto che alla tradizionale dinamica strutturale del negozio giuridico e dei relativi elementi costitutivi.

¹⁸ Si veda, *infra*, nota 5.

La riconfigurazione del quadro teorico della figura della nullità è tuttavia resa disagiata dai percorsi della dottrina tradizionale che, come noto, si è attestata su posizioni sovente differenziate in merito alla coincidenza e, più precisamente, alla coesistenza tra fattispecie inesistente e nulla: da un lato, la teoria cosiddetta causalistica o funzionale, che coglie un'equivalenza tra le due figure; dall'altro, quella cosiddetta realistica, che ne ravvisa una differenziazione di ruoli e profili funzionali¹⁹.

In particolare, come emerge dalla rivisitazione dell'orientamento tradizionale ancorato all'antico brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, la mancata attivazione di una "dinamica effettuale" e l'assenza di un "valore giuridico" in capo all'atto apre la strada alla categoria dell'inesistenza, con la conseguente inutilità di una scissione e di una differenziazione tra inesistenza e nullità. Tra i contributi dottrinali che, in tempi vicini a noi, hanno affermato l'inutilità di una differenziazione tra inesistenza e nullità, viene naturalmente richiamato dall'Autrice quello di R. Caranta (*L'inesistenza dell'atto giuridico*, Milano, 1990).

Secondo D'Orsogna, la teorizzazione invece di due differenziate categorie (inesistenza e nullità), rinviatorita grazie alle nuove ipotesi di nullità della legislazione speciale (specie civilistica), ha posto "le basi per una sorta di «decostruzione» del concetto tradizionale di fattispecie" e per "il riconoscimento di un qualche vigore effettuale al fatto compiuto con simili violazioni", con "la tendenza, sempre più marcata, al recupero della contrattazione nulla nell'ordine giuridico attraverso il riferimento all'efficacia giuridica".

In questo contesto, l'Autrice sottolinea come la prima impostazione (c.d. teoria causalistica o funzionale) – derivata dalla tradizione pandettistica e correlata (in misura sbilanciata) alla capacità o meno del fatto e della fattispecie (negoziale) di essere giuridicamente rilevante in quanto produttiva di effetti giuridici – releghi la fattispecie nulla "al di sotto della soglia della rilevanza giuridica, opponendo così un ostacolo insuperabile ad ogni tentativo di distinzione della stessa con i casi di inesistenza"²⁰. Né possono essere ritenute convincenti le tesi che riconducono le ipotesi di nullità agli schemi privatistici di cui all'articolo 1418, comma primo, del codice civile (sanzione del-

¹⁹ Sulla equivalenza o meno in diritto amministrativo tra la figura dell'inesistenza e quella della nullità e sulla ricostruzione della nozione di atto amministrativo inesistente, cfr. CARANTA R., *op. cit.*, pp. 167 ss.; BARTOLINI A., *op. cit.*, pp. 69 ss.; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 1691 ss..

²⁰ Per D'ORSOGNA, appunto, "nella prospettiva di una inevitabile relazione biunivoca tra giuridicità del fatto (rilevanza) e produzione degli effetti (efficacia), il problema della nullità finiva, in sostanza, per sciogliersi in quello della inesistenza. Analoghe conclusioni scaturivano, peraltro, dalla rappresentazione concettuale del negozio quale fattispecie e dalle classificazioni operate in relazione agli elementi dello stesso. L'intendere il negozio quale fattispecie imponeva, infatti, il positivo riscontro in concreto dell'insieme degli elementi richiesti dalla legge come necessari per la produzione di quegli effetti, anch'essi designati dall'ordinamento".

la nullità in relazione a contrarietà a norme imperative), atteso che in diritto amministrativo la violazione di prescrizione di norme imperative è riconducibile all'ambito della legge ed è sanzionata attraverso l'illegittimità – annullabilità del provvedimento.

L'Autrice manifesta altresì una certa perplessità sulle teorie che hanno isolato la nullità in relazione ai risultati giuridicamente rilevanti della fattispecie nulla, e che hanno trovato conforto, recentemente, nel contributo di A. Bartolini (*La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002). Tali teorie, secondo Marina D'Orsogna, attribuiscono alla fattispecie nulla "una propria autonomia attraverso il giudizio (di disvalore) che l'ordinamento effettua in relazione ai risultati pratici conseguenti a tale fattispecie", tuttavia, seguendo siffatte prospettive "ci si allontana dalla ricostruzione della dinamica di produzione giuridica che vede nella norma l'unica entità qualificante in via diretta del fatto". Anche se, in effetti, l'Autrice non manca di prendere atto che, in determinate fattispecie (riconducibili alla figura dell'inesistenza) l'atto, oltre che improduttivo di effetti tipici, è improduttivo di conseguenze concrete dotate di una rilevanza giuridica; in altre fattispecie (riconducibili alla figura della nullità), invece, l'atto, ancorché improduttivo di effetti tipici, determina conseguenze concrete e pratiche, giuridicamente rilevabili. Con riguardo a questo secondo caso, è sufficiente pensare alle ipotesi di nullità testuale in materia di impiego pubblico, nelle quali l'ordinamento riconosce le conseguenze materiali e patrimoniali maturate sino al momento della declaratoria della nullità. Del resto, va registrata "la tendenza del sistema normativo a riconoscere non solo rilevanza giuridica, ma anche una qualche forma di efficacia alla fattispecie nulla, che, proprio alla stregua della produttività di effetti (parziali), verrebbe, perciò, a distinguersi dalla fattispecie inesistente".

Va a questo punto ricordato, in via di estrema sintesi, che proprio il contributo di Bartolini, aveva lucidamente riconfigurato le qualificazioni di inesistenza, nullità e fattispecie nulla, con decisa attenzione ai presupposti empirici delle fattispecie nulle riconducibili alle ipotesi testuali *ex lege*²¹; tra i punti essenziali della recente prospettazione di Bartolini, anche in merito all'affermazione di una netta differenziazione tra inesistenza e nullità in diritto amministrativo, vi è appunto quello di considerare la fattispecie nulla quale fattispecie concreta comunque produttiva di risultati giuridicamente rilevanti e pertanto, al contempo, di ritenerla qualificabile in relazione alle conseguenze che di regola si producono nella sfera giuridica dei destinatari del provvedimento nullo²². Corollario di tale impostazione è

²¹ BARTOLINI A., *op. cit.*, pp. 69 ss.

²² Secondo il medesimo Autore (*op. cit.*, pp. 126 ss.), "una volta ammesso che il risultato è il criterio di connotazione della fattispecie rilevante ed in particolare (...) di quella nulla, si può procedere a differenziare il fatto inesistente dalla nullità. Inesistente è quel fatto che rimane fuori dal

quello di ritenere la nullità quale sanzione, in una certa misura affine alla disapplicazione ed alla sospensione, inflitta dall'ordinamento per neutralizzare le conseguenze concrete della fattispecie nulla. Va qui altresì sottolineato, che le prospettazioni sia di D'Orsogna che di Bartolini, richiamano, in maniera esplicita o anche soltanto di riflesso, taluni percorsi e approcci metodologici al tema di M.S. Giannini, le cui teorie sul fenomeno giuridico e sulla fattispecie hanno isolato ed intercettato i profili di risultato che possono scaturire dalla fattispecie provvedimentale nulla²³.

Vengono ribadite, tuttavia, nell'opera di D'Orsogna, le perplessità sugli orientamenti che prospettino appunto "il tentativo di riservare alla fattispecie nulla una propria autonomia attraverso il giudizio (di disvalore) che l'ordinamento effettua in relazione ai risultati pratici conseguenti a tale fattispecie".

Ma allora, se sono inadeguate le basi della nullità delineate nell'attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale, quali sono le coordinate da applicarsi per prospettare, o quanto meno avviare, una sistemazione di tale figura che sia compatibile con il sistema delle invalidità nel diritto amministrativo? Quali sono i passaggi che consentono di isolare la nullità e di delinearne caratteri autonomi da quelli che caratterizzano l'illegittimità-annullabilità? Come sono individuabili tali caratteri autonomi, se il filo conduttore dell'indagine dell'Autrice è permeato dell'espressa consapevolezza che "la nullità stenti in realtà a trovare una razionale collocazione nel sistema; e ciò non per ostacoli di ordine logico, ma per l'assetto che il sistema ha attualmente raggiunto a seguito delle innovazioni normative, degli innesti giurisprudenziali e delle ricostruzioni dottrinarie"?

diritto (e come tale irrilevante) in quanto improduttivo di risultati (o, al contrario, di effetti materiali che non sono oggetto di giudizio da parte dell'ordinamento). L'inesistenza (giuridica) è, quindi, il carattere che connota il fatto improduttivo di risultati. (...) Se, dunque, il fatto inesistente è connotato dalla mancata produzione di un risultato, la fattispecie nulla è, invece, caratterizzata dalla produzione di un risultato negativo: cioè l'atto nullo è una fattispecie produttiva di effetti pratici che sono oggetto di un giudizio di disvalore (negativo) da parte dell'ordinamento. Il risultato, assumendo un valore negativo, non può essere considerato valido e, quindi, non può assumere la forza dell'effetto giuridico".

²⁴ Si veda, in particolare, BARTOLINI A., *op. cit.*, pp. 105 ss., il quale evidenzia che "il contributo gianniniano pone delle basi nuove per dare una diversa spiegazione al fenomeno della dinamica giuridica, ritenendo che la fattispecie giuridicamente rilevante non sia solo quella produttiva di effetti giuridici, ma anche quella di risultati. In questo quadro si deve, pertanto, ritenere che la causalità non vada limitata ai fatti produttivi di effetti giuridici, ma anche a quelli che determinano risultati, i quali, pur non essendo qualificabili come conseguenze giuridiche (costitutive, modificative o estintive), sono degli effetti pratici suscettibili di valutazione giuridica. In tal guisa, si può ritenere, in sede di prima approssimazione, che se la causalità giuridica si verifica anche nell'ipotesi del fatto produttivo di risultati, la teoria della fattispecie dovrebbe essere letta nei seguenti termini: è giuridica la fattispecie non solo produttiva di effetti giuridici, ma anche quella generatrice di conseguenze valutabili giuridicamente, che si verifica laddove la medesima produca risultati (...). (...) È, invece, proprio il risultato a consentire di differenziare la nullità dall'inesistenza".

ne
str
pre
civ
zio
sul

del
noi
rid
giu
disj
pas
del
pub
Pos
in
san
reni
proi
reca
moci
ria

div
lifi
le,
bra

Diri
e ss.

pass
rispe
(insi
rio a
vedin
mina
inter
indin
zi pi.
del p
giuri

La risposte, secondo l'Autrice, vanno individuate nella riqualificazione del profilo funzionale del provvedimento e della relativa causa. La ricostruzione funzionale della nullità seguita dall'Autrice ha la peculiarità di prendere spunto, in una certa misura, da taluni percorsi della tradizione civilistica sulla causa del negozio, che deve essere intesa sganciata dal tradizionale concetto di funzione economico-sociale del contratto e proiettata sul profilo funzionale nella dinamica contrattuale.

D'Orsogna, in particolare, ritiene che vada superata una concezione della causa quale funzione tipica dell'atto amministrativo prefigurata dalla norma²⁴. La causa deve piuttosto essere considerata la "finalità concreta, giuridicamente rilevante, che il potere deve, attraverso il suo esercizio, consentire di raggiungere. Il potere pertanto è diventato niente altro che lo strumento idoneo alla soddisfazione dell'interesse pubblico". Ecco allora che, come emerge da uno dei passaggi più significativi del pensiero dell'Autrice, "nel processo decisionale dell'amministrazione sono isolabili due momenti: la determinazione dell'interesse pubblico concreto da curare, e l'individuazione del modo migliore di curarlo"²⁵. Posti questi assunti, va rilevato che "l'introduzione della categoria della nullità in diritto amministrativo risponde all'esigenza di controllare (ed impedire) che possano irragionevolmente essere collegati effetti «normativi» ad una «regola» che, rendendo evidente l'esistenza di un vulnus profondo dell'elemento funzionale del provvedimento, non può essere in alcun modo adeguatamente sorretta (in funzione recuperativa e interinalmente conservativa) delle ragioni che fondano e spiegano il modo dell'equiparazione sul piano dell'ordinamento generale e, su questo piano, si riallacciano alla legittimazione stessa dell'amministrazione".

Nella prospettiva dell'Autrice, dunque, sembra trovare impulso una diversa qualificazione di provvedimento illecito, ancorché una siffatta qualificazione vada tenuta differenziata e scorporata, sotto il profilo concettuale, da quella di illecito aquiliano. Tale impulso, secondo D'Orsogna, sembra peraltro provenire dalle recenti impostazioni dottrinali sulle più ampie

²⁴ In generale, sulla causa e sui motivi dell'atto amministrativo, cfr. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, cit., pp. 248 ss.; ITALIA V. - LANDI G. - POTENZA G., *op. cit.*, pp. 180 e ss.;

²⁵ Per comprendere l'autentico pensiero dell'Autrice, è opportuno richiamare anche i passi seguenti. In particolare, secondo D'ORSOGNA, "l'interesse pubblico svolge un duplice ruolo rispetto al procedimento e, segnatamente, rispetto alla ponderazione. In un primo momento, esso è oggetto (insieme con gli eventuali interessi privati) di valutazione; in seguito, assume, invece, il ruolo di criterio di valutazione, in quanto la sua realizzazione costituisce la finalità del (procedimento e del) provvedimento. La acquisizione e la valutazione degli interessi pubblici sono funzionali allo scopo di determinare l'interesse pubblico concreto; il quale costituisce, per così dire, la somma algebrica di tutti gli interessi coinvolti, siano essi pubblici, siano essi privati. A sua volta l'interesse pubblico concreto, così individuato, assume la funzione, in una seconda fase, di criterio di selezione e determinazione dei mezzi più idonei alla sua soddisfazione ottimale; assume cioè il ruolo di metro di valutazione del contenuto del provvedimento finale o, se si preferisce, dell'assetto di interessi che, con il provvedimento, diverrà giuridicamente impegnativo".

categorie concettuali di *operazione amministrativa* e di *procedimento amministrativo complesso*. Del resto, secondo tali impostazioni, è evidente che nei procedimenti cosiddetti complessi, che non promanano da un organo isolato bensì da un contesto di organi, la causa del provvedimento (quale *atto terminale dell'operazione amministrativa*) si configura come l'elemento di sintesi e di emersione dell'interesse concreto che deriva dal ponderato temperamento degli interessi pubblici e privati opposti.

Le problematiche di giustificazione e di inquadramento concettuale rimangono ancora numerose, specie sul fronte della compatibilità della disciplina della nullità cosiddetta in senso tecnico (come posta dall'esperienza legislativa ed elaborata dal Consiglio di Stato) con il sistema dell'invalidità del provvedimento e, in generale, dell'atto amministrativo.

Lo studio di D'Orsogna ha il merito di aggiungere una nuova tappa sui percorsi teorici, che favorisce senz'altro una rilettura dell'istituto al passo con l'evoluzione delle categorie di legalità ed efficacia in diritto amministrativo.

FABRIZIO FIORINI