

Bruno Sassani

RIFLESSIONI SULL'AZIONE DI NULLITÀ NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. L'azione di nullità nel codice del processo amministrativo - 2. Le nullità dichiarabili e il problema del rapporto con la giurisdizione civile. - 3. Termine per agire e imprescrittibilità sostanziale - 4. Regime degli atti in violazione ed elusione del giudicato: la nullità da inottemperanza - 5. I rapporti con l'istituto dei motivi aggiunti e con il rito del silenzio - 6. Senso e portata dell'accoglimento: l'ottemperanza.

1. L'azione di nullità nel codice del processo amministrativo.

Il quarto comma dell'art. 31 c.p.a. prevede l'azione per far valere la nullità del provvedimento amministrativo. In precedenza la nullità, quale vizio dell'atto,¹ era evocata dalla dottrina e cautamente abordata dalla giurisprudenza, ma di un rimedio giudiziale specifico la legge non faceva parola, a differenza della *VwGO* tedesca il cui paragrafo 43 c.1, aggiunge alla previsione dell'azione di accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico, che anche l'accertamento “*della nullità di un atto amministrativo può essere fatto valere in via di azione quando l'attore ha un legittimo interesse all'accertamento immediato*”.

La scelta del legislatore di porre il meccanismo della tutela giurisdizionale sotto il denominatore delle azioni, ha indotto a prevedere una apposita forma di tutela.² Come il

¹ Vizio di recente individuato – a coronamento di annose incertezze – dall'art. 21-*septies* della L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15. La norma ha riaperto l'interesse sul tema: v. CARBONE A., *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, *Dir. amm.*, 3/2009, 795 ss.; LUCIANI F., *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo. Considerazioni sull'azione di nullità davanti al giudice amministrativo*, in www.giustamm.it; PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano 2007; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in (Cerulli Irelli, a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 368 ss.; CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in www.giustamm.it; ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, in www.giustamm.it. Scettico sulla enucleazione di un'azione di nullità è PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2008, 871 ss. In precedenza v. la monografia di BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino 2002.

² Il modello è evidentemente quello tedesco, e non è dato sapere con quanta consapevolezza i redattori del codice abbiano preferito adottare la tecnica dell'*arbor actionum* propria di quel sistema. Non intendo qui svolgere una critica

paragrafo 43 c. 1 *VwGO*, anche l'art. 31 parla di una domanda “volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge”, e sembra dare comunque corpo ad una sentenza a valore dichiarativo, apparentemente non inquadrabile nella categoria delle sentenze con cui il giudice, accogliendo la domanda per motivi diversi dall'incompetenza “annulla in tutto o in parte l'atto impugnato” (per usare la formula dell'art. 26 c. 2 legge TAR). Ma di ciò *infra* § 6.

2. Le nullità dichiarabili e il problema del rapporto con la giurisdizione civile.

Quali sono oggi le nullità “dichiarabili”? Il codice non ne introduce di specifiche (e d'altronde non era suo compito): a proposito di quelle correlate al giudizio di ottemperanza esso si limita a replicare l'art. 21-*septies* della legge sul procedimento amministrativo (come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15); sul piano generale, si limita a rinviare a quelle “previste dalla legge”, cioè, ancora una volta, allo stesso art. 21-*septies* il cui primo comma stabilisce che: “È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli

al sistema in sé (l'analisi porta lontano, troppo lontano), bensì solo segnalare come in ciò si manifesti l'ambiguità crescente del processo davanti al giudice amministrativo: il sistema (ad un tempo bonario e formalistico) della “giustizia amministrativa” non aveva certo bisogno della teorica delle azioni (se non per quel tanto di innocuo adeguamento alle pomposità della processualciviltistica), ma quanto evocato dall'espressione *giustizia amministrativa* oggi sembra (almeno a parole) irrimediabilmente fuori gioco perché sostituito dalla declinazione solenne dei principi comuni dei sistemi giurisdizionali. Ma un moderno sistema di tutela giurisdizionale ha bisogno dell'apparato teorico dell'azione? Apparentemente no, se si considera il declino della teorica nella processualistica contemporanea (declino che ha la sua espressione finale più pura e radicale nell'art. 2 delle *US Federal Rules of Civil Procedure* che sotto la rubrica “*One Form of Action*” sancisce che: “*There shall be one form of action to be known as civil action*”). La risposta non è però così scontata se si considera che l'accesso al giudice amministrativo resta comunque intrinsecamente limitato ed appare incompatibile con il meccanismo delle clausole generali del tipo dell'art. 24 della costituzione italiana (norma che ha legittimato in pieno la logica dell'azione c.d. *innominata* nel processo civile). Il processo emergente dal codice (ancor più che il processo amministrativo tradizionale) è infatti ossessionato dalla preoccupazione di determinare precisamente il *chi*, il *cosa*, il *quando* e il *come* della domanda e, in tal senso, non tollera l'agire libero. Da questo punto di vista, impostare la tutela in termini di azione – cioè di rimedio precostituito – può apparire una tecnica organizzativa adeguata: il concetto di azione riassume il rimedio e la via da seguire, indica i caratteri salienti delle modalità per attingerlo, proiettandosi sulla procedura e conformandola. Si tratta di un'illusione (ben percepita e segnalata come tale da ABBAMONTE e LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato Santaniello*, Padova 1997, 139 ss.) ma questa è un'altra storia!

altri casi espressamente previsti dalla legge".³ Ed è nota l'interpretazione data dalla giurisprudenza dell'espressione "difetto assoluto di attribuzione" quale "carezza in astratto del potere", vale a dire quale mancanza della norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo.⁴ Quanto alla "mancanza degli elementi essenziali", la giurisprudenza aiuta solo in negativo, essendo la stragrande maggioranza delle sentenze orientata a rintuzzare l'attacco all'atto esperito in chiave di nullità ed a ribadire la ristrettezza dell'ipotesi, circoscritta alla "*totale mancanza degli elementi essenziali destinati ex lege a costituirlo (soggetto, oggetto, volontà e forma)*", con la conseguenza che finisce per non essere considerato nullo, ma solo annullabile, il provvedimento adottato sulla base di un presupposto inesistente,⁵ e, più in generale, di vizi del procedimento di formazione e di illegittimità del comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione, che malgrado la loro gravità, si ritiene non si riflettano "sull'integrità degli elementi essenziali e costitutivi dell'atto".⁶

Queste considerazioni impongono di chiedersi quanto sia vitale il rimedio della nullità nell'ambito della giurisdizione di legittimità. Non è un caso se di nullità il giudice amministrativo ha parlato senza imbarazzo operando in giurisdizione esclusiva, cioè in un ambito in cui, accentuando i difetti dell'atto o negando l'esercizio di un potere amministrativo legittimo, non ha rischiato di vedere svanire la propria giurisdizione.⁷ In sede di legittimità il

³ La nullità di un atto amministrativo può derivare dalla mancanza di un elemento essenziale quale la volontà nel caso in cui questa si sia formata in modo non libero e spontaneo ma in ambiente collusivo penalmente rilevante, facendo così venir meno la stessa imputabilità dell'atto alla pubblica amministrazione per interruzione del relativo rapporto organico.

Cons. Stato, Sez. V, 04/03/2008, n. 890

⁴ TAR Lombardia, Milano, III, 12.11.2009, n. 5059; Cons. St. VI, 09/09/2008, n. 4304. Questa interpretazione fa implicitamente rientrare nell'area dell'annullabilità per violazione di legge le ipotesi di carezza di potere in concreto e trova sostegno anche nella giurisprudenza anteriore all'introduzione dell'art. 21-septies (Cons. St., Sez. VI, 26.11.1991, n. 885; Sez. V, n. 552 del 16.07.1984; Sez. V n. 296 del 08.06.1979).

⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 11/05/2007, n. 2273.

⁶ Cons. Stato, Sez. V, 16/07/1984, n. 552.

⁷ Esemplare in tal senso è la vicenda della declaratoria di nullità del provvedimento di assunzione da parte dell'amministrazione laddove l'assunzione sia vietata dalla legge, con conseguente nullità del rapporto e l'autoattribuzione del potere di dichiarare la nullità di entrambi da parte da parte del giudice amministrativo (Cons.

rischio è invece concreto: la previsione dell'art. 31 u.c. c.p.a. lascia impregiudicata la possibilità del ricorso alla giurisdizione ordinaria di chi, ritenendo l'atto radicalmente inidoneo a degradare propri diritti, ne persegue la difesa di fronte al giudice civile servendosi dello strumento della disapplicazione.

La questione si è posta, ed ha dato luogo alla soluzione per cui, conservando valore il consueto criterio di riparto della distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, continuano ad appartenere al giudice ordinario *“le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al giudice amministrativo i casi in cui a fronte dell'atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo”*.⁸

Di fronte alla praticabilità della via giurisdizionale ordinaria, occorre peraltro chiedersi se residui la facoltà di domandare in via principale al giudice amministrativo il riconoscimento della nullità dell'atto, quale forma di tutela aggiuntiva. In altri termini: se il privato possa scegliere di ottenere dal giudice amministrativo una sentenza dichiarativa della nullità malgrado la possibilità di far valere il proprio diritto soggettivo davanti ai tribunali ordinari. La risposta positiva discende dall'osservazione (su cui v. *infra* § 6) secondo cui alla declaratoria della nullità consegue una vera eliminazione dell'atto non meno intensa e significativa del suo annullamento: l'interesse alla cancellazione dalla scena giuridica dell'atto, con tutto quel che ciò comporta in termini di impatto sul rapporto corrente con l'amministrazione, e la sicura possibilità di impiegare la tutela dell'ottemperanza per fronteggiare manovre elusive del titolare del potere (*infra* § 6), ben configurano l'interesse ad agire davanti al giudice amministrativo.

Questa conclusione è rafforzata dalla considerazione che anche i terzi possono dolersi della nullità di un provvedimento, e che, per essi, ha poco o punto valore la distinzione più su vista tra interesse pretensivo (giurisdizione ordinaria) e interesse oppositivo (giurisdizione amministrativa):

Stato, Ad. Plen., 29/02/1992, n. 1 e n. 2, in *Corriere Giur.*, 1992, 797, con Nota di CORPACI e in *Giur. It.*, 1992, III,1, 545, con Nota di CANNADA BARTOLI). Alla decisa presa di posizione dell'Adunanza Plenaria corrispondeva la sicurezza della massima per cui: *“Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda delle prestazioni retributive e previdenziali avanzata dal dipendente dell'amministrazione per un rapporto di mero fatto.”*

⁸ T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 19/11/2008, n. 5456 (*obiter*).

si pensi soprattutto al caso del terzo che lamenta pregiudizio da provvedimento (concessorio, ammissivo autorizzatorio ecc.) a favore di altro soggetto (confinante, concorrente ecc.). Malgrado che qui gli interesse fatti valere assumano tutti la forma dell'interesse oppositivo, non si vede come possa negarsi al terzo la legittimazione all'azione dell'art. 31 u. c. c.p.a. Ad esso poco gioverebbe, evidentemente, l'esercizio dei suoi eventuali diritti davanti al giudice ordinario in assenza di iniziative volte a rimuovere ufficialmente e definitivamente il provvedimento lesivo. Un provvedimento che non è tenuto per valido ed efficace solo dall'amministrazione, ma che come tale viene assunto da un altro privato, rispetto al quale la tecnica della disapplicazione mal funzionerebbe.

Peraltro nessun motivo particolare conforta l'idea che l'art. 31 comma 4 c.p.a aprirà la strada (almeno a breve) ad un maggior impiego del rimedio specifico della nullità. La diffidenza della giurisprudenza è radicata ed è di tale diffidenza che si nutre la norma sul termine di decadenza (*infra* § 3). Naturalmente questo vale per la nullità "classica", riconducibile agli "elementi essenziali" (per lo più ridotti a casistica di scuola) e al "difetto assoluto di attribuzione" (che non conduca alla fuoruscita dalla giurisdizione amministrativa), mentre non vale per gli specialissimi vizi degli atti in elusione e in violazione del giudicato, se si considera che qui la legge è pervenuta a ratificare e consolidare *ex post* una soluzione autonomamente ideata ed adottata dalla giurisprudenza, che in tal modo aveva individuato la chiusura del circolo del controllo dell'attuazione del proprio *dictum* (*infra* § 4).

3. Termine per agire e imprescrittibilità sostanziale.

L'art. 31 u. c. c.p.a. specifica che la domanda con cui si esercita l'azione di nullità va proposta "entro il termine di decadenza di centottanta giorni".

Dell'apposizione di un termine all'azione è stata immediatamente denunciata la contraddittorietà rispetto al concetto stesso di nullità che conterrebbe in sé l'idea di un'azione imprescrittibile. A questa osservazione non basterebbe obiettare che, pur essendo vero che al vizio etichettato come nullità corrisponde, tradizionalmente, la imprescrittibilità della relativa azione, nulla impedirebbe che la norma adoperi la qualificazione di nullità per un'azione in giudizio soggetta a termine di esercizio: si tratterebbe, in ultima analisi, di qualificazioni

normative di cui il legislatore disporrebbe discrezionalmente. Si può infatti ragionevolmente presumere che “le nullità previste dalla legge” siano state finora stabilite sull’implicito presupposto della imprescrittibilità della relativa azione dichiarativa, e che quindi l’apposizione di un termine di decadenza per agire finisca per alterare la *ratio* della previsione di diritto sostanziale. A tale conclusione – basata sul sistema del diritto civile⁹ – era giunta la giurisprudenza che, pur in assenza di norme intese a regolare la domanda di nullità – aveva adottato la tesi della imprescrittibilità.¹⁰ Parimenti per la dottrina.¹¹ Oggi, con la decadenza dall’azione si è modificata la valenza sostanziale, sicché si finisce per perdere in buona parte il senso di una scelta che voleva caratterizzare la nullità come vizio insanabile, distinguendola nettamente dal *vizio a termine* che caratterizza normalmente l’atto amministrativo.

Peraltro il termine stabilito è decisamente breve, il che mostra la volontà di evitare a tutti i costi l’incertezza prolungata sulla situazione incisa dall’atto. Allo sconcertato interprete si presenta un tipo di annullabilità rafforzata,¹² quasi una sua sottospecie qualificata, con la

⁹ E scontata nei sistemi che prevedono l’azione di nullità, come in quello tedesco, a proposito di cui si nota che “quale azione dichiarativa, l’azione per l’accertamento della nullità non è sottoposta a termine in senso proprio, e tuttavia può venir meno l’interesse ad agire (il *Rechtsschutzbedürfnis*) quando venga a mancare all’attore la possibilità di *rechtliche Klärung*. Ma in nessun caso un atto nullo può raggiungere alcun tipo di ‘*Bestandskraft*’” (HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, München 2008, 326).

¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 09/06/2008, n. 2872: “Il nuovo art. 21-*septies* della L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo, definendone i caratteri sostanziali. Tale disposizione non ha, tuttavia, espressamente indicato la disciplina dell’azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione; ciò non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale, ivi compresa la regola della imprescrittibilità”; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29/04/2008 n. 1043.

¹¹ GALLO C. E., *La nullità del provvedimento amministrativo, Urb. e app.*, 2009, 193 ss.

¹² La vicenda che ha portato a questa curiosa norma è presto detta. Il testo originario del d. lgs. contemplava una azione di accertamento nella quale rientrava bene la domanda di dichiarare la nullità dell’atto. L’azione generale di accertamento – considerata una pericolosa arma di scasso della cassaforte dello Stato e, in genere, dell’amministrazione pubblica – è poi sparita dal testo definitivamente approvato. Si è cercato però di mantenere una qualche forma di tutela specifica rispetto all’atto nullo distinto dalla generale azione di annullamento, e si è pervenuti quindi al compromesso di un’azione dichiarativa della nullità ma soggetta pur sempre (nella migliore tradizione del processo amministrativo) a termini di preclusione. La Relazione di accompagnamento così si esprime: “*Accogliendo un’osservazione formulata dalla Commissione Affari costituzionali della Camera, alla disciplina dell’azione avverso il*

conseguenza di conferire alla logica decadenziale dell'annullabilità il valore di principio sommerso del sistema. Ciò rende disagiata il tentativo di inquadrare le massime ripetute secondo cui la nullità, operando *ipso jure* ed escludendo alla radice la produzione di effetti,¹³ è insanabile¹⁴ e non richiede una pronuncia giudiziale per operare.¹⁵

Lanciata la pietra, la legge nasconde comunque subito la mano: in spirito di compromesso, essa cerca di conservare il particolare peso della qualificazione di nullità prevedendo che la nullità dell'atto "*può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice*". Quanto alla opponibilità di parte, sembra prendere corpo l'idea che, se il privato interessato alla nullità incorre nel termine decadenziale, l'amministrazione convenuta ("parte resistente") potrebbe sempre opporre in giudizio la nullità dell'atto. Ma, francamente, questa interpretazione lascia perplessi. Sarà infatti prevalentemente l'amministrazione a trovarsi nella situazione della parte che ha dato causa alla nullità, sicché non solo non si vede quale interesse essa possa avere a sollevare in giudizio la nullità, ma addirittura come si possa concedere alla parte da cui proviene il vizio il potere, di farsene eventualmente scudo. Un rilievo di parte non sottoposto a termine potrà certo concepirsi per il controinteressato,¹⁶ ma è difficile immaginarlo per l'amministrazione (salvo che beninteso nell'ipotesi in cui l'amministrazione resistente, in veste di ricorrente incidentale, si valga della possibilità di formulare motivi aggiunti per impugnare atti di altre amministrazioni).

Per uscire da questa situazione occorre ragionare (come sempre nei processi in cui la tutela è accordata per contrastare l'esercizio di poteri sostanziali) distinguendo la figura del resistente in senso processuale da quella del resistente in senso sostanziale. Ha un senso che sia

silenzio è stata aggiunta quella volta all'accertamento della nullità, che si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. Resta ferma, tuttavia, la perpetuità della corrispondente eccezione, nonché la rilevanza d'ufficio".

¹³ Massime che non di rado inducono a parlare di inesistenza dell'atto.

¹⁴ Salvo il fenomeno della conversione dell'atto nullo, che è evidentemente cosa diversa

¹⁵ Tanto più che l'atto nullo può ben essere delibato dal giudice ordinario quando leda diritti soggettivi.

¹⁶ Si pensi alla denuncia di nullità dell'atto di revoca di un atto (favorevole al controinteressato) impugnato da altro soggetto.

riconosciuta la perpetuità dell'eccezione per il resistente se lo si identifica con il privato interessato a far valere la nullità dell'atto con cui l'amministrazione gli si impone. Questa situazione potrebbe ben presentarsi nell'impugnazione di un atto dipendente, per es. di un atto esecutivo rispetto a precedente atto a carattere normativo. In tal caso se l'amministrazione convenuta si difendesse denunciando la mancata impugnazione nei termini dell'atto presupposto, il ricorrente si troverebbe legittimato a denunciare la nullità di tale atto. Parimenti nell'ipotesi di azione autonoma di danni *ex art. 7 c. 4*. Anche qui l'eventuale nullità di atti non impugnabili autonomamente per decadenza dai termini resterebbe rilevabile nel corso del giudizio.

Bandita dalla porta, l'imprescrittibilità rientra così dalla finestra. Rispetto all'atto nullo, il decorso del termine non cancella la possibilità di tutela del privato ma ne trasforma la modalità: egli perde l'azione diretta, esperibile come tale solo nel semestre, ma conserva le azioni connesse, quelle per la cui decisione rileva la qualificazione dell'atto la cui nullità può sempre essere dichiarata, anche su rilievo d'ufficio.

Non vi sono peraltro dubbi che all'azione di nullità siano legittimati anche i terzi danneggiati da provvedimenti aventi per destinatari altri soggetti (v. *supra* § 2): la cosa è quasi un corollario delle caratteristiche dell'istituto giuridico della nullità. Orbene, vale per il terzo il termine di decadenza per agire? No, a mio avviso, e per più ragioni: il terzo può legittimamente ignorare le vicende procedurali che hanno condotto al provvedimento; può ignorare a lungo l'esistenza del provvedimento stesso; può subire concretamente il danno in un momento successivo, ovvero ritenere di non poter sopportare ulteriormente un danno tollerato in un primo momento e così via. Per il terzo l'azione è imprescrittibile e questo aggrava la complicazione pratica e il disordine sistematico che si accompagnano allo zoppicante congegno disegnato dal codice.

4. Regime degli atti in violazione e elusione del giudicato: la nullità da inottemperanza.

Il termine di decadenza non riguarda peraltro la denuncia della nullità dell'atto in violazione o elusione del giudicato. La norma del comma 4 prevede infatti che "*Le disposizioni*

del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV".

E' però sicuramente da escludere che la non applicabilità riguardi indiscriminatamente tutte le prescrizioni del comma, come invece sembra suggerire l'infelice formulazione della norma. Non avrebbe senso infatti negare alla nullità dell'atto in violazione o elusione del giudicato la possibilità di essere rilevata d'ufficio dal giudice, ovvero di essere opposta dal controinteressato, ovvero ancora dal privato in ottemperanza.¹⁷ E' giocoforza concludere che la non applicabilità si riferisce esclusivamente al termine per agire, e la norma si rivela palesemente inutile di fronte al termine prescrizionale dei "dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza" che l'art. 114 c. 1 detta espressamente per il ricorso in ottemperanza e che l'art. 114 c. 2 lett. b) applica alla declaratoria di nullità.

Si è obiettato¹⁸ che, se così fosse, "*si introdurrebbe una peculiare duplicazione di regimi delle nullità dei provvedimenti*", salvo che non si voglia concludere nel senso che le nullità degli atti in violazione o elusione del giudicato vadano fatte valere solo attraverso il giudizio di ottemperanza, osservandosi però che è difficile obbligare ad agire in ottemperanza chi si voglia accontentare della declaratoria.¹⁹

Ora, la qualificazione di nullità che colpisce l'atto di ribellione al giudicato trova la sua ragione e la sua radice nella particolarità dei poteri del giudice dell'ottemperanza che esercitando ad un tempo giurisdizione esclusiva e giurisdizione di merito, appare l'unico soggetto abilitato a valutare la sussistenza del vizio di elusione e del vizio di violazione del giudicato. Vizi, questi, che, eminentemente distinti dai difetti stabiliti a pena di nullità sul piano generale, assumono rilievo solo nel peculiare contesto segnato dall'interpretazione della

¹⁷ T.A.R. Veneto Venezia, Sez. II, 17/02/2009, n. 388 "I vizi che comportano la nullità del provvedimento ex art. 21-nonies L. n. 241/1990 sono deducibili in sede di ottemperanza, non occorrendo, pertanto, proporre autonoma impugnativa dell'atto in questione" (conf TAR Campania Napoli, sez. IV, 26.10.2007 n. 10124; Cons. St., sez. IV, 6.10.2003 n. 5820; Cons. St. sez. VI, 20.04.2006 n. 2121).

¹⁸ LOPILATO in PROTTO e CARINGELLA, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Dike 2010, sub art. 31, p. 385.

¹⁹ LOPILATO, *ibidem*.

portata di una sentenza²⁰ e dalla valutazione del successivo comportamento dell'amministrazione. Si tratta di vizi che non sono necessariamente fattori di nullità per il giudice che opera in giurisdizione generale di legittimità. Commisurato ai poteri propri di questo giudice infatti, l'atto considerato può risultare legittimo, o al più affetto da eccesso di potere (e come tale annullabile), laddove è solo dal riscontro del vizio funzionale dell'attività che il giudice dell'ottemperanza compie con i propri particolari poteri di indagine e valutazione che nasce la nullità. Si tratta pertanto di una nullità che potremmo dire *ex post*, in una situazione in cui estensione della giurisdizione e condizionamento del potere appaiono due facce della stessa medaglia.

Inutile dire che questa prospettazione dà per scontato il definitivo superamento dei dubbi inizialmente sollevati sulla cancellazione del giudizio di ottemperanza e sul venir meno della giurisdizione di merito ad essa connessa, per accedere quindi alla ricostruzione²¹ che vede nel giudizio di ottemperanza la sede naturale del controllo e della rimozione degli atti connotati dalla peculiare nullità. E che in tale sede si esercitino cumulativamente giurisdizione di merito e giurisdizione esclusiva è confermato oggi dagli art. 134, comma 1 lett. a) e art. 133, comma 1 lett. a) n. 5) c.p.a. in coordinazione con gli art. 21-*septies*, comma 2 l. n. 241/1990.

Si badi infine che la nullità in questione non può venir ristretta al provvedimento in senso proprio, ma si estende anche agli eventuali atti non provvedimentali compiuti in spregio al "giudicato". Di provvedimento nullo parla indifferentemente l'art. 21-*septies* per tutti i casi in esso previsti, ma mentre per la nullità che potremmo definire *classica* l'espressione va probabilmente presa alla lettera, la necessità di valutare la sussistenza di una *inottemperanza* (e quindi di accertare un vizio funzionale) impone di considerare il termine in maniera più ampia sì da ricomprendervi anche tutti gli eventuali atti non provvedimentali riconducibili all'amministrazione in quanto rilevanti rispetto al risultato legato all'ottemperanza (atti, per es., a funzione propulsiva rispetto a futuri provvedimenti; atti a funzione certificativa ecc.).

²⁰ Anche civile, ovvero di un lodo arbitrale.

²¹ Subito indicata da VILLATA e RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 377, ed adottata dalla giurisprudenza: Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2192; TAR Campania, Napoli sez. III, 10 febbraio 2006, n. 1966.

Si può in conclusione ragionevolmente ritenere che la nullità da inottemperanza è una qualificazione riservata a quella giurisdizione ibrida che chiamerei “giurisdizione di ottemperanza”, cioè all’esercizio di poteri non surrogabili né dalle ordinarie forme di giurisdizione amministrativa né, tantomeno, dalla giurisdizione ordinaria.

5. I rapporti con l’istituto dei motivi aggiunti e con il rito del silenzio.

L’art. 43 c. 1. c.p.a. prevede che tanto il ricorrente principale quanto quello incidentale possano “introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte”. Ai motivi aggiunti si applica “la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini”.

Esercitata nel termine di sessanta giorni la domanda di annullamento, i ricorrenti possono quindi proporre domanda di nullità in via aggiuntiva, nel rispetto del termine di centottanta giorni prescritto dall’art. 31 c. 4 c.p.a. Ciò vale per le domande nuove, ma si può dubitare che invece valga per le “nuove ragioni a sostegno”, la cui deducibilità non si preclude e debbono considerarsi imprescrittibili. Naturalmente l’eventualità più plausibile resta quella della domanda di nullità a cui viene cumulata – in via subordinata o alternativa – una domanda di annullamento: il dubbio successo dell’azione di nullità consiglia di ripiegare, a mo’ di paracadute, sul più consueto rimedio dell’annullamento.

Tramite proposizione di motivi aggiunti, anche il rito del silenzio può convertirsi in rito ordinario. Questa possibilità aveva trovato resistenza nella giurisprudenza,²² ma essa oggi è sancita dall’art. 117 c. 5 c.p.a. ed è regolata dal comma 1 dell’art. 32 c.p.a. che prevede la prevalenza del rito ordinario in caso di diversità di riti.²³ Quest’ultima norma elimina la difficoltà opposta all’introduzione della domanda di annullamento e basata sulla incompatibilità del rito e vale, *a fortiori* per la domanda di nullità del provvedimento intervenuto in corso di giudizio sul silenzio.

²² Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6439.

²³ BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in VILLATA e SASSANI, *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico al codice del processo amministrativo*, Torino 2011 (in corso di stampa), § 6.

6. Senso e portata dell'accoglimento: l'ottemperanza.

In questo panorama, il problema del se la sentenza che accoglie la domanda sia dichiarativa ovvero sia costitutiva (e se quindi la relativa azione sia di accertamento o costitutiva) diventa di poco momento ai fini pratici. Al più la soluzione assumerà un valore tassonomico e potrà soddisfare la categoria dei giuristi di gusto e talento classificatorio.²⁴

E' difficile comunque dubitare che, accolta la domanda di nullità, l'atto venga espulso dalla scena giuridica con valenza *erga omnes*, o almeno con non minor peso ed ampiezza di effetti di quanto accade nell'ipotesi normale di annullamento. In altri termini l'esercizio vittorioso di azione di nullità non si limita alla mera declaratoria del vizio né ad un semplice accertamento di insussistenza dei pretesi effetti dell'atto (quasi si trattasse di una disapplicazione) con formale conservazione della fonte: essa restituisce alle parti una scena giuridica anche formalmente privata dell'atto e dei suoi effetti. Se questo è vero, non si vede allora come distinguere, sul piano degli effetti, tale risultato dalla rimozione ottenuta con l'accoglimento della domanda di annullamento; finalisticamente intesa, l'azione di nullità non si distingue dall'azione di annullamento, sicché la sua diversità si limita al piano dei presupposti ed a quello della differente latitudine dei poteri dei soggetti del processo.

Sul piano generale ciò è confermato dall'impossibilità di distinguere, sotto il profilo tipologico, la giurisdizione esercitata in ipotesi di nullità rispetto alla giurisdizione esercitata in ipotesi di annullabilità. Solo infatti le cause nascenti dalla denuncia della particolare nullità provocata dalla violazione o elusione del giudicato sono attribuite ad una giurisdizione ad un tempo esclusiva e di merito, laddove la mancanza degli elementi essenziali, il difetto assoluto di attribuzione e i vizi produttivi di nullità negli altri eventuali casi espressamente previsti dalla legge non producono alcuna deroga rispetto alla regola della giurisdizione generale di legittimità.

²⁴ Nel sistema tedesco, tendenzialmente molto rispettoso delle diverse tipologie di azioni, pur chi parte dal presupposto che, a rigore, essendo l'atto nullo privo dell'efficacia tipica dell'atto, esso non può propriamente assurgere ad oggetto di un'azione costitutiva, finisce poi per riconoscere la maggior vicinanza dell'azione di nullità alla *Anfechtungsklage*. Passo successivo è ammettere l'esperibilità di quest'ultima anche in ipotesi di nullità dell'atto (HUFER, *op. cit.* 323, WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, München 2006, Rn 272).

Ciò si ricava agevolmente dall'art. 7 comma 4 che, nel fissare le regole fondamentali della giurisdizione amministrativa, attribuisce alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo “le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni” senza dare alcun rilievo al tipo di vizio che affetta gli atti, i provvedimenti o le omissioni. Lo stesso è a dirsi per le cause relative al risarcimento del danno “per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”, con conferma della giurisdizione di legittimità anche in caso di loro introduzione “in via autonoma” e di questioni di nullità di atti amministrativi incidentalmente sorgenti nel loro corso.

Tutto ciò impedisce di dubitare della piena applicabilità del giudizio di ottemperanza all'eventuale rifiuto di conformarsi ovvero all'inerzia dell'amministrazione, ovvero ancora al suo tentativo di sottrarsi alle responsabilità comportate dall'accertamento attraverso atti o comportamenti elusivi.²⁵

Anche sotto questo profilo si può osservare quanto poco continuo le differenze (se ve ne sono) tra “accertamento” della nullità e sentenza “costitutiva” di annullamento. In ogni caso il provvedimento di accoglimento corona azioni volte a risultati di tutela equivalenti e simmetricamente garantiti, rispetto al mancato adeguamento da parte dell'amministrazione, dal medesimo fascio di poteri. La cosa non deve stupire: è sempre il contenuto dichiarativo (scoperto o latente che sia) che viene garantito e attuato dal meccanismo dell'ottemperanza.

²⁵ Al problema della effettività della declaratoria di nullità dell'atto nel sistema tedesco è dedicata l'osservazione che, di fronte a tale declaratoria, è ben poco credibile che un altro giudice ovvero un'altra autorità amministrativa applichi lo stesso atto o uno equivalente, ovvero vi dia esecuzione (HUBER, *op. cit.* 589; SCHNAPP, in *Dv. Bl.* 2000, 247).