

CAPITOLO 7

PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. L'invalidità dell'atto amministrativo. - 2. La nullità. - 3. L'annullabilità. - 4. I vizi derivati degli atti presupposti. - 5. L'inopportunità dell'atto amministrativo: i vizi di merito. - 6. L'autotutela amministrativa: il potere di riesame e gli atti di ritiro. - 7. L'annullamento d'ufficio. - 8. La revoca. - 9. L'abrogazione. - 10. Altri atti di caducazione: decadenza e mero ritiro. - 11. I provvedimenti ad effetto conservativo.

Nella teoria generale del diritto lo studio della patologia dell'atto giuridico ha per oggetto l'individuazione delle **difformità dell'atto rispetto al paradigma normativo**, nonché gli effetti che tali difformità producono ed i rimedi previsti per il ripristino della legalità violata. È il diritto positivo che individua le difformità rilevanti e le relative conseguenze, tenendo conto delle esigenze di tutela e delle specificità della branca del diritto considerata.

Giova passare in rassegna le **categorie patologiche** che possono riguardare il provvedimento amministrativo.

1. L'invalidità dell'atto amministrativo.

È ritenuta la "categoria estrema" della patologia (GIANNINI) e sussiste quando alla difformità dell'atto rispetto al paradigma legale corrisponda la **lesione dell'interesse concreto** che la norma violata intende tutelare. La nozione di invalidità comprende i due stati patologici della **nullità** e dell'**annullabilità**. Invero, la **legge n. 15 del 2005** aveva, da un lato, confermato il tradizionale regime dell'**annullabilità** del provvedimento amministrativo fondato sui tre vizi di legittimità e, dall'altro, aveva previsto testualmente, all'art. 21 septies, la **nullità** del provvedimento, tipizzando le cause che la determinano. La novella ha infine delimitato la categoria dell'annullabilità con l'introduzione all'art. 21 octies, co. 2, l. n. 241/90, dei c.d. **vizi non invalidanti**, in parte ratificando l'elaborazione giurisprudenziale più recente in tema di non annullabilità dei provvedimenti per vizi solo formali, in parte ampliando i casi in cui l'annullamento del provvedimento non può essere pronunciato.

Come anticipato, la **categoria dell'invalidità** comprende:

A. la **nullità** che è ricondotta alla mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie o alla violazione di una norma posta a tutela di interessi generali. La nullità è connotata dall'**inidoneità dell'atto a produrre effetti sin dall'origine**; opera di diritto; può essere accertata in ogni tempo e, di regola, ad istanza di qualunque interessato; può essere rilevata d'ufficio dal giudice; non può costituire oggetto di convalida, ma al più di conversione.

B. l'**annullabilità** che si ravvisa nel caso in cui **taluno degli elementi costitutivi** della fattispecie sia **viziato** e la norma violata sia posta a tutela di interessi particolari. La

minore gravità del vizio rispetto alla nullità giustifica: la provvisoria produzione degli effetti dell'atto sino a quando questo non sia stato annullato ad iniziativa della parte legittimata; la limitazione entro un **termine temporale** dell'azione d'annullamento; la **legittimazione relativa** all'azione e l'atto annullabile è suscettibile di **convalida**.

Ulteriori **stati patologici** dell'atto diversi dall'invalidità:

a) **Irregolarità** del provvedimento che si riscontra quando la difformità rispetto al paradigma legale sia di tale ridotta entità da non compromettere gli interessi che la norma violata intende tutelare. La presenza di tale difformità, pur comportando una reazione da parte dell'ordinamento, non incide sulla validità e sulla piena efficacia dell'atto.

b) **Inopportunità** riguardante i **vizi di merito** che attengono al contenuto del provvedimento. In tali casi la P.A. può revocare in autotutela il provvedimento, o nei casi di giurisdizione estesa al merito, l'interessato di può ottenerne l'annullamento ad opera del giudice.

c) **Inesistenza** che, pur essendo rimasta priva di definizione normativa anche nella riforma della l. n. 241/90 nel 2005, è figura da sempre al centro delle attenzioni della dottrina e della giurisprudenza. Da coloro che ammettono sul piano dogmatico la distinzione tra inesistenza e nullità, l'inesistenza è definita in termini negativi come "*inqualificazione*", ossia come impossibilità di riconduzione della fattispecie concreta nello schema astratto definito dalla norma. In tal senso si afferma che l'atto inesistente costituisce un **quid facti giuridicamente irrilevante**; mentre la nullità presuppone già positivamente avvenuta la verifica della rilevanza della fattispecie.

d) **Imperfezione, inefficacia o ineseguibilità** che esulano, invece, dall'ambito di indagine sulla patologia del provvedimento amministrativo. In tutte queste ipotesi, infatti, l'atto è **conforme allo schema legale**, ma **non è idoneo a produrre effetti** perché non è concluso il procedimento di formazione o mancano i requisiti cui la legge subordina la piena efficacia dell'atto o perché è sopravvenuto un fatto ostativo alla sua efficacia.

e) **Illiceità** che va tenuta distinta dall'invalidità. Mentre, infatti, l'invalidità è predicato dell'atto difforme dallo schema legale; l'illiceità è predicato del **comportamento lesivo** di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento. I casi in cui l'atto invalido dà luogo ad un illecito sono quelli in cui l'illegittimità abbia leso un interesse sostanziale del privato, determinando un danno ingiusto risarcibile ex art. 2043 c.c.

2. La nullità.

La nullità del provvedimento amministrativo trova oggi la sua disciplina nell'art. 21 septies, l. n. 241/90, introdotto dalla l. n. 15/2005 il quale prevede i seguenti casi di nullità: la **nullità testuale** (casi di nullità espressamente previsti dalla legge); la **nullità strutturale** (per mancanza di uno degli elementi essenziali); il **difetto assoluto di attribuzione**; la **violazione o elusione del giudicato**. La disposizione attribuisce alla nullità natura di rimedio tipico, contrapposto all'annullabilità, che costituisce la forma d'invalidità generale del provvedimento.

1. La nullità per difetto assoluto di attribuzione.

Problematica appare l'esatta interpretazione dell'espressione "**difetto assoluto di**

attribuzione". Secondo una **prima ricostruzione**, seguita da una parte della giurisprudenza amministrativa, il difetto assoluto di attribuzione dovrebbe riscontrarsi in due sole ipotesi:

- quella della **carenza di potere "in astratto"**, che ricorre quando l'atto sia stato adottato **in assenza di una norma attributiva del potere**;
- quella dell'**incompetenza assoluta**, che ricorre quando l'atto sia stato adottato nell'esercizio di un potere conferito dalla legge ad un **organo appartenente ad un plesso amministrativo diverso** da quello che ha emanato l'atto;

Resterebbero invece al di fuori le ipotesi in cui il difetto di attribuzione dell'autorità che ha adottato l'atto sia soltanto **"relativo"**, ossia quando la P.A. abbia esercitato il potere in assenza dei presupposti e delle condizioni cui la legge subordina il suo esercizio (c.d. **carenza di potere in concreto**). Quest'ultima ipotesi determinerebbe l'annullabilità del provvedimento per violazione di legge, ex art. 21 octies.

Una **parte minoritaria della dottrina**, ha individuato il difetto assoluto di attribuzione unicamente nella **carenza di potere in astratto**, lasciando fuori dai casi di nullità ex art. 21 septies anche la figura dell'incompetenza assoluta. Per differente opzione, il legislatore ha inteso riferirsi non al caso in cui nessuna amministrazione abbia un potere, ma al caso in cui siano state violate le regole che disciplinano la distribuzione del potere. Pertanto, la locuzione "difetto assoluto di attribuzione", si riferirebbe solo all'incompetenza assoluta.

In punto di **giurisdizione**, si è sostenuto che sarebbe competente il **G.A.** per le controversie relative agli atti illegittimi per carenza di potere in concreto ("cattivo uso"), mentre sarebbe competente il **G.O.** per le liti concernenti atti nulli per carenza di potere in astratto o per incompetenza assoluta. Più di recente e in via prevalente, si sostiene che la giurisdizione debba essere individuata verificando l'incidenza del provvedimento nullo sulla posizione giuridica soggettiva del privato distinguendo tra interessi legittimi (giurisdizione del G.A.) e diritti soggettivi (giurisdizione del G.O.).

II. La nullità strutturale.

Il riferimento, operato all'art. 21-septies, alla nullità per **mancaza degli elementi essenziali del provvedimento**, ha sancito l'ingresso della controversa categoria della nullità strutturale nell'ambito dell'invalidità amministrativa. Invero, l'assenza di una previsione analoga a quella di cui all'art. 1325 c.c. è fonte di incertezze interpretative (v. anche **Cons. St., sez. V, 4 maggio 2015, n. 2237**). Pertanto, la dottrina si è esercitata nel tentativo di stabilire quali siano gli elementi da ritenersi **"essenziali"** e la cui mancanza darebbe vita a nullità strutturale.

a) **la volontà**: si è sostenuto che mentre la sua **mancaza** è causa di **nullità**, se, invece, essa risulta **viziata**, l'atto è affetto da **annullabilità**, costituendo la deviazione del processo formativo della volontà dell'organo pubblico un'ipotesi tradizionale di eccesso di potere.

b) **la forma**. Quanto alla forma, si deve ritenere che essa costituisca elemento essenziale solo se richiesta dalla **legge a pena di nullità**; negli altri casi è sufficiente che essa sia idonea a manifestare la volontà dell'ente, denotando la riferibilità soggettiva dell'atto alla P.A.

c) **la causa.** La causa, identificata nel fine pubblico per la cui cura è attribuito il potere amministrativo, è certamente elemento essenziale del provvedimento. Pertanto, è nullo per mancanza di causa il provvedimento adottato **ioci o docendi causa** o adottato sulla base di **causa illecita o impossibile**.

d) **il soggetto e l'oggetto.** In relazione al soggetto, un'ipotesi di nullità strutturale è stata riscontrata nel caso di provvedimento in cui **non sia identificabile il soggetto passivo** dell'atto, o in cui **manchi l'oggetto materiale** come nel caso di espropriazione di un fondo inesistente, o già acquisito al patrimonio della P.A.

III. La violazione ed elusione del giudicato.

L'art. 21 septies menziona, tra le altre ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, la violazione o l'elusione del giudicato. Tale disposizione è ripresa dall'art. 114, co. 4, lett. b), c.p.a. secondo il quale il giudice, in caso di accoglimento del **ricorso per l'ottemperanza**, dichiara nulli gli eventuali atti adottati in violazione o elusione del giudicato. Il giudizio di ottemperanza è infatti diretto a verificare se la P.A. abbia adempiuto effettivamente all'obbligazione nascente dal giudicato, attribuendo al privato quell'utilità concreta che la sentenza ha riconosciuto come dovuta. Affinché possa ravvisarsi il vizio di violazione od elusione del giudicato, non è sufficiente che la nuova azione amministrativa posta in essere alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia passata in giudicato, essendo necessario che la P.A. eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, **in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo**, o cerchi di realizzare il medesimo risultato con **un'azione connotata da uno sviamento di potere**.

In tema di giurisdizione, si segnala che l'art. 133, co. 1, lett. a), n. 5, C.p.a. attribuisce alla **giurisdizione esclusiva del G.A.** le controversie relative ai provvedimenti contrastanti con il giudicato (v. Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3940). Non è prospettabile il vizio di violazione o elusione del giudicato qualora la P.A. incida sull'assetto degli interessi definiti dal giudicato, esercitando, per un fine suo proprio, un potere diverso da quello già utilizzato, o utilizzando un nuovo istituto giuridico al di fuori dello sviamento di potere.

IV. Le nullità testuali.

L'art. 21 septies, l. n. 241/90 si chiude con il rinvio agli altri casi di nullità espressamente disposti dalla legge. Alcune ipotesi di nullità testuali si rinvencono:

- nell'ambito della disciplina del **rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione**, ad es. nell'art. 3, co. 6, d.P.R. n. 3 del 1957 è previsto che è nullo di diritto il provvedimento di assunzione agli impieghi pubblici che abbia avuto luogo senza il prescritto concorso;
- negli artt. 3 e 6, d.l. 6 maggio 1004 n. 293, conv. con mod., in l. 15 luglio 1994, n. 444, in tema dell'illegittimità della prassi della **prorogatio sine die** degli organi amministrativi illegittimi;
- in materia di **statuto dei diritti del contribuente**, l'art. 11, l. n. 212 del 2002, prevede espressamente che sono nulli gli atti della P.A. adottati in difformità dalle risposte date al contribuente;

- in tema di **accordi tra privati e P.A.**, ex art. 11, l. n. 241/90, dove espressamente si commina la nullità della stipulazione degli accordi, sia integrativi che sostitutivi, qualora non vi sia il rispetto del requisito della forma scritta richiesta *ad substantiam*.

La riforma del 2005 non introduce una disciplina giuridica degli effetti della nullità, né si preoccupa di specificarne il regime giuridico in punto di giurisdizione; tantomeno si esprime sull'ammissibilità dell'azione di nullità davanti al giudice amministrativo. Quanto alla **giurisdizione**, l'espressa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per la sola ipotesi di nullità dell'atto adottato in violazione o elusione del giudicato impone di individuare la giurisdizione negli altri casi di nullità del provvedimento.

Sul punto si registra una diversità di orientamenti. Per un primo orientamento, la giurisdizione in tema di provvedimento nullo dovrebbe radicarsi sempre in capo al **G.O.**, in quanto sussisterebbe sempre la lesione di un **diritto soggettivo**. Un secondo orientamento (MONTEDORO) attribuisce **sempre al G.A.** la giurisdizione sulle controversie relative a provvedimenti affetti da nullità, considerando l'atto nullo adottato comunque in presenza di una **norma attributiva del potere**.

Per un ultimo orientamento, più condivisibile, occorrerebbe verificare l'incidenza del provvedimento nullo sulla posizione giuridica soggettiva del privato ed applicare l'ordinario criterio di riparto fondato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Il c.p.a., all'art. 31, co. 4, ha introdotto l'**azione di nullità**. La disposizione prevede che l'azione di nullità può essere proposta entro il termine di decadenza di 180 giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente e può essere **rilevata d'ufficio** dal giudice.

3. L'annullabilità.

Ai sensi dell'art. 21 octies, co. 1, l. n. 241/90, è annullabile il provvedimento:

- adottato in **violazione di legge**;
- viziato da **eccesso di potere**;
- viziato da **incompetenza**.

Mentre la nullità dell'atto amministrativo si configura nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge, l'annullamento è **rimedio generale** contro i vizi di legittimità dell'atto. Inoltre, esso si differenzia dalla nullità per il fatto che mentre l'atto nullo è inefficace di diritto, il provvedimento annullabile è **provvisoriamente efficace**, nonostante la sua invalidità. L'annullamento può avvenire ad opera del giudice in sede di **ricorso giurisdizionale**, da proporsi nel **termine decadenziale di 60 giorni** o ad opera della stessa P.A. in via di **autotutela**, o in sede di **controllo**, o di decisione dei **ricorsi amministrativi**. Inoltre, l'atto illegittimo può essere **disapplicato dal G.O.** chiamato a verificarne la legittimità al fine di decidere una controversia che attiene alla lesione di diritti soggettivi.

Con la riforma del 2005, il legislatore è intervenuto a dettare una disciplina positiva dell'annullabilità del provvedimento agli artt. 21-octies e 21-nonies, l. n. 241/90, riconoscendo così **natura sostanziale** ai tradizionali vizi di violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza, non più qualificabili esclusivamente quali motivi