



L'AZIONE AMMINISTRATIVA

ALBERTO ROMANO

Alessandro Gioffi
Fulvio Costantino
Francesco de Leonardis
Maria Grazia Della Scala
Paolo Lazzara

Maria Laura Maddalena
Federico Mazzella
Anna Romano
Maria Chiara Romano
Elisa Scotti



369.4506
421

G. GIAPPICHELLI EDITORE

INVENTARIO
N. 58390

Presentazione

La legislazione tendenzialmente generale sulla *Azione della amministrazione*, iniziata con la versione originaria della legge 7 agosto 1990, n. 241, tante volte rimaneggiata da successivi interventi legislativi, trova ora l'espressione, al momento ultima, nella legge 7 agosto 2015, n. 124.

Il giurista di diritto positivo, in questi anni, nell'adempimento del suo compito di ricostruire le regole strutturali e funzionali che le amministrazioni dovrebbero osservare, deve fare i conti con le incessanti, inflazionate e disordinate modificazioni, talvolta qualificate come riforme epocali. Modificazioni che hanno investito tali amministrazioni un po' sotto tutti i profili. E, in particolare, appunto, sulle loro attività; un esempio per tutti: le martoriare norme su quella che in un italiano quanto meno inappropriato, è detta la *Conferenza di servizi*.

Il giurista dovrebbe offrire una rappresentazione, sempre aggiornata in tempi ragionevoli, anche di quelle regole più recentemente diventate vigenti. Il che significa: dovrebbe integrarle con accettabile continuità, nel corpo delle linee portanti del diritto amministrativo; linee portanti che, in quanto tali, sono meno soggette a repentine modificazioni. Però, questo suo ruolo gli diventa sempre più difficile: perché i nuovi interventi legislativi, anche quando la loro effettiva portata normativa non si riveli poi trascendentale, sono formulati tecnicamente in termini che rendono complicata la loro riconduzione a sistema. E quel giurista, inoltre, è pure scoraggiato ad operare in questo senso: perché sono proprie le leggi più recenti quelle che appaiono più a rischio di ulteriori modificazioni. Sembrano quasi esercitazioni di un legislatore che si rivela sempre inesperto pur nell'alternarsi delle persone che si avvicendano presentandosi sempre ammantati con questa mitica figura. Da un legislatore che, ritenendo urgenti i suoi interventi – talvolta a ragione, talaltra solo a torto –, appare incapace di normazioni che non siano per così dire solo sperimentali, e quindi effimere. Che già nella loro prima applicazione risultano presto inadatte, che richiedono perciò nuove correzioni. Colpisce il contrasto con le leggi di decenni precedenti, o addirittura dell'800: che erano ben più meditate; e, quindi, soggette solo alle inevitabili, ma più lente evoluzioni dei contesti e delle effettive esigenze: sociali, economiche, politiche, ecc.

Tuttavia, le nostre descrizioni del diritto comunque diventato vigente, non possono non tenere conto via via delle sopravvenienze normative; e senza porre in mezzo troppo distacco temporale. Tanto più quando riguardano un tema di rilevanza così centrale per gli amministrativisti come *L'azione delle amministrazioni*. Gli autori di questo volume, quindi, si sono risolti a delineare la relativa disciplina, allo stato degli atti al momento in cui lo hanno potuto mandare in composizione. Quindi, come si è detto, alla luce anche della legge 124/2015, l'ultima emanata in materia: nella speranza che il libro possa fare a tempo a uscire, quando sia ancora rimasta tale. Ma non per questo hanno inteso proporre una sorta di *instant book*: perché a quelle loro ricostruzioni hanno voluto dare carattere scientifico, e radici non superficiali. Perciò, è parso loro che la qualifica di tali contributi più aderente ai loro caratteri, sia quella di *Saggi*. Che, peraltro, sono frutto di una pluralità di voci. Di una pluralità di voci che, per un verso, dovrebbero dare maggior valore alla trattazione: per una maggiore ricchezza dei punti di vista dai quali è sviluppata. Ma che,

d'altra parte, pone problemi di sua completezza, di rischio di sovrapposizioni e di omissioni, e di esigenza di raccordo dei suoi contenuti. La molteplicità degli autori, quindi, ha richiesto la necessità di un coordinamento interno al gruppo. Che però è risultato relativamente agevole: perché tutti hanno una impostazione scientifica comune. Perciò, tali autori credono di poter aggettivare i loro *Saggi* come *sistematici*; nel senso: ricondotti per quanto è possibile a *Sistema*.

È facile profezia che anche la normazione qui ricostruita pure alla luce degli interventi legislativi ad oggi più recenti, sarà presto sostituita da altri interventi attualmente neppure ipotizzabili. E, anzitutto, da quelli che la legge n. 124/2015 viceversa già prevede: i decreti legislativi per la sua attuazione. Avremmo potuto indugiare ancora: ma con quale costrutto? Ma nell'aspettativa di quale altra cosa? Perché non c'è stato anno dal 1990 della originaria legge n. 241, nel quale non siano intervenute sue modificazioni; o almeno non siano state preannunciate, e addirittura date come imminenti. È per questo che agli autori e all'editore è parso opportuno procedere senza ulteriori esitazioni. Ma anche con la pre-costituzione di un canale di comunicazione informatica in grado di consentire un continuo e sollecito aggiornamento del volume.

L'acquirente, infatti, avrà a disposizione una sezione dedicata del sito "Giappichelli", cui potrà accedere tramite una *password* fornita dall'editore, e nella quale potrà trovare già i testi legislativi che verranno adottati in attuazione delle deleghe contenute nella legge n. 124/2015 (il cui Capo I è integralmente riportato in Appendice), nonché i primi saggi di commento.

Roma, 10 dicembre 2015

ALBERTO ROMANO

Autori

Alberto Romano: Professore emerito di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

Alessandro Cioffi: Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università del Molise

Fulvio Costantino: Assegnista di Ricerca e Professore a contratto di diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

Francesco de Leonardis: Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

Maria Grazia Della Scala: Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

Paolo Lazzara: Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Tre"

Maria Laura Maddalena: Consigliere T.a.r., in servizio presso il T.a.r. Lazio

Federico Mazzella: Avvocato del Foro di Roma

Anna Romano: Avvocato del Foro di Roma e Professore a contratto di diritto e legislazione dei lavori pubblici presso l'Università di Roma "Tre"

Maria Chiara Romano: Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

Elisa Scotti: Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Macerata

La nullità del provvedimento amministrativo di Alberto Romano

SOMMARIO: Sezione I. *La nullità del provvedimento in generale.* – I.1. Osservazioni generali. L'affermazione legislativa della nullità come figura generale di invalidità del provvedimento. – I.2. La struttura dell'articolo, e l'articolazione del presente commento di esso in corrispondenti sezioni. – I.3. La nullità e l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi, nel quadro delle nozioni generali delle forme di invalidità dei contratti e dei negozi privatistici. – I.4. Le norme dalla cui violazione da parte del provvedimento provoca la sola sua annullabilità; e quelle che ne comporta la radicale nullità: primi spunti. – I.5. I regimi della nullità e della annullabilità dei provvedimenti amministrativi, nel quadro di quelli delle invalidità dei contratti e dei negozi privatistici. – I.6. Le insufficienze delle formule legislative per la delimitazione della nullità del provvedimento e per la precisazione delle sue cause; le nullità c.d. strutturali. – I.7. *Segue.* Gli «... altri casi espressamente previsti dalla legge». – I.8. L'ordinamento e l'autonomia negoziale dei privati. – I.9. L'ordinamento, e i poteri unilaterali delle amministrazioni. – I.10. L'attribuzione dei poteri unilaterali alle amministrazioni, e la necessità della definizione contestuale dei loro elementi essenziali. – I.11. «Carenza di potere» dei provvedimenti come causa della loro nullità. – I.12. Carenza di potere del provvedimento e sua illegittimità, sua nullità e sua annullabilità: le alternative di giurisdizione.

SEZIONE I

I.1. L'articolo che qui si commenta, è stato inserito dall'art. 14, comma 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15, nella legge 7 agosto 1990, n. 241, al cui testo ora vigente è dedicato la presente raccolta di *Saggi*. Nella nostra legislazione, erano già numerose le disposizioni particolari e speciali, che comminavano la nullità dei provvedimenti che le violassero; disposizioni che, del resto, anche recentemente e attualmente seguivano a moltiplicarsi. Ma questo nuovo articolo ha un'altra portata: costituisce nel nostro ordinamento la prima disposizione legislativa in termini generali, di conferma che il provvedimento può essere radicalmente nullo; e di tentativo di definizione delle sue carenze e illegalità che ne possano provocare la sua radicale nullità. Quindi, la prima norma che prevede, o quanto meno presuppone questa sua nullità, come una figura che, al pari della sua annullabilità, è altrettanto generale della sua invalidità. L'articolo medesimo ha una struttura piuttosto a-sistematica, e una formulazione non sempre precisa e propria. Ma questa sua portata innovativa va comunque apprezzata, perché in dottrina e in giurisprudenza, è af-

fiorato e affiora talvolta un orientamento, secondo cui l'invalidità del provvedimento, quale che sia la gravità delle sue carenze ed illegalità, non potrebbe trascendere la sua sola annullabilità; almeno, quando non sconfini addirittura nella *inesistenza*, che è figura ancora diversa.

Vanno anticipate subito le connessioni della distinzione tra sola annullabilità e piena nullità del provvedimento, e il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice civile: giacché il sindacato sui provvedimenti solo annullabili è riservato al primo, mentre l'accertamento della loro nullità in linea di principio spetta al secondo; se non altro, attraverso un altro accertamento: quello della persistenza dei diritti soggettivi di cui quei provvedimenti nulli apparentemente disponessero, come anche della insussistenza dei medesimi diritti, che quei provvedimenti ugualmente nulli altrettanto apparentemente costituissero o attribuissero. Così, il tracciato della linea di discriminazione tra l'annullabilità e la nullità dei provvedimenti, influenza, ma anche reciprocamente è influenzato, da quella che si vuole delineare tra le due giurisdizioni suddette; e pure allo spazio che si è disposti a concedere alla figura del provvedimento c.d. in carenza di potere: che, di per

sé, evidentemente non può che essere nullo in modo radicale.

In ogni caso, l'orientamento contrario ad ammettere la nullità del provvedimento è nettamente minoritario, e per di più non sempre viene sostenuto esplicitamente, in modo argomentato e, appunto, in termini generali. Ma comunque serpeggia, e, infatti, emerge più spesso solo episodicamente, specie quando vari autori e pronunce riportano alla nozione di annullabilità del provvedimento, casi che più persuasivamente sarebbero da classificarsi come di sua nullità. La sua fondatezza era già criticata, seppur con argomentazioni non di rado diverse e divergenti, dalle ricostruzioni dottrinali dominanti. Ma, finora, solo da queste, mentre ora è smentito anche dal legislatore; ed è una novità importante: tanto più che lo è non più solo con le disposizioni particolari cui si è accennato, ma, appunto, addirittura in termini generali. D'altra parte, va segnalato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo qui commentato, deve ritenersi che sia l'annullabilità la figura generale di invalidità del provvedimento amministrativo, e la sua nullità una forma speciale, quasi derogatoria; e ciò, in contrapposizione al rapporto che è inverso, delle corrispondenti figure di invalidità dei contratti e dei negozi privatistici (Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799; Id., 8 novembre 2011, n. 5903, che hanno negato che il vizio riscontrato nei provvedimenti che avevano sindacato, assurgesse al ... *difetto assoluto di attribuzione* ...).

I.2. Quanto al contenuto dell'articolo dal quale ha preso le mosse del presente saggio, si noterà che esso, nell'attuale suo unico comma, elenca le cause di nullità del provvedimento; più precisamente, ne enuncia due ipotesi distinte.

La prima richiama sue carenze di carattere strutturale: la mancanza di suoi «... *elementi essenziali* ...». Sembra che il legislatore del 2005, con l'adozione di questa locuzione, abbia cercato una qualche simmetria con la formulazione dell'art. 1418, comma 2, c.c., avente ad oggetto la nullità dei contratti –

«Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346» –; formulazione, che la commina, tra l'altro, per la mancanza in essi di uno dei requisiti richiesti dal precedente art. 1325 – *«I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità»* –. È intuitivo, infatti, che tale legislatore, nell'articolo cui si riferisce questo saggio, ha inteso considerare almeno tendenzialmente simmetrici a questi ultimi, quei fattori strutturali suddetti, pur se li denomina diversamente; con una imprecisione, peraltro, di cui si dirà. Comunque, sembra che debba essere ricondotta a questa prima ipotesi di nullità strutturale, pure il riferimento alla figura del difetto assoluto di attribuzione; anche se, viceversa, questa è propria del diritto amministrativo, e pubblico in genere: l'espressione, infatti, pare richiamare la più generale nozione della carenza di potere. Ed è a questa prima ipotesi che è dedicata questa primo saggio dedicato a questo art. 21 septies.

Il quale articolo, nello sviluppo dell'ora suo unico comma, prevede poi una seconda ipotesi generale di nullità del provvedimento: quella che ricorre in «... *altri casi espressamente previsti dalla legge*». Con una formula che, in riferimento ai contratti, corrisponde letteralmente al comma 3 del suddetto art. 1418; che però non comprende tale avverbio. Questa ipotesi, dunque, viene prospettata attraverso un semplice rinvio; per di più aperto: a tutte le norme del genere già previste nel nostro ordinamento, ed a quelle analoghe che sopravvenissero. È intuitivo quale sia il nucleo più importante e numericamente più consistenze di questi casi: quelli che discendono dalla violazione di disposizioni che il legislatore abbia adottato con scelta prettamente politica, stabilendone per di più l'imperatività. Come si vedrà, queste disposizioni possono anche riguardare i suddetti «... *elementi essenziali* ...» del provvedimento: specie quando si superi la ristretta definizione dei loro vizi come causa di nullità di questo, in termini di loro secca mancanza – del resto,

dal punto di vista di tale invalidità del provvedimento stesso, in fondo neppure ipotizzabile. Ma rientrano in questa seconda ipotesi di cause di nullità del provvedimento, soprattutto le violazioni da parte sua, di quelle disposizioni imperative che circoscrivono in vario modo la possibilità dell'amministrazione emanante di determinarne il dispositivo. A questa seconda ipotesi è dedicata il successivo, specifico saggio.

Inoltre, sempre nell'attuale unico comma dell'articolo che si commenta, tra tali due ipotesi generali di nullità dei provvedimenti, il legislatore ha inserito la disposizione che qualifica come nullo il provvedimento che sia «... stato adottato in violazione o in elusione del giudicato». La norma appare una sorta di ricezione legislativa di una soluzione di matrice giurisprudenziale, che si era affermata a partire da una notissima decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: la n. 6/1984. D'altra parte, questa ipotesi di nullità del provvedimento appare piuttosto eterogenea, se non altro perché, viceversa, appare specifica, e non generale. Comunque, anch'essa sarà trattata nel saggio successivo.

Infine, per la spiegazione, a proposito della descrizione della struttura di questo art. 21 septies, del riferimento già ripetutamente accennato, «... all'attuale suo unico comma ...», va ricordato che, nella sua formulazione originaria vi era un comma 2, che disponeva la devoluzione de «Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato ... alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». La disciplina del Giudizio di ottemperanza fu poi trasferita in toto nel Codice del processo amministrativo successivamente emanato, e ivi più dettagliatamente disciplinata dagli artt. 112 e ss.; e tale comma 2 è stato abrogato dall'art. 4, comma 1, n. 14, dell'All. 4 al Codice stesso.

1.3. Lo studio più approfondito, colto e risalente del tempo della nullità e della altre forme di invalidità degli atti giuridici, come si sa, è quello sviluppato dei civilisti in relazione ai contratti ed ai negozi in genere di diritto privato. E dai suoi esiti, sicuramente l'esposizione del tema della nullità dei prov-

vedimenti amministrativi non può prescindere: come da un quadro concettuale di riferimento che la trascende. Per quanto questa esposizione, pur delineata tenendo ben presente tale quadro, tenderà ad un certo momento a divaricarsi rispetta a quella privatistica, almeno per qualche segmento della prospettiva. E ciò, per una ragione di fondo: perché la matrice dei provvedimenti è costituita dai poteri unilaterali delle amministrazioni; quindi, da una capacità giuridica che è ben diversa dalla matrice dei contratti e dagli altri negozi civilistici: che è costituita dall'autonomia privata.

Comunque, non appare possibile delineare la nozione di nullità di tali provvedimenti, se non come contrappunto rispetto alla nozione della loro annullabilità. Come del resto è accaduto nella letteratura civilistica, in relazione ai contratti e ai negozi privatistici suddetti. Perciò, è anzitutto sulla distinzione tra queste due nozioni, che occorre richiamare i risultati cui è pervenuta quella letteratura. La quale la ha costruita in riferimento alla incapacità di produrre effetti, che è comune tanto all'atto nullo che a quello annullabile. Anche se solo entro certi limiti; perché, appunto, tale letteratura ha delineata tale distinzione, sulla base proprio del diverso grado e carattere che tale incapacità presenta, rispettivamente nella nullità e nell'annullabilità: certa e radicale nel primo — salvo il problema del suo accertamento giurisdizionale —, solo eventuale e comunque più limitata, del secondo.

Quod nullum est, nullum producit effectum: così recita il noto brocardo di matrice privatistica. Il quale, quindi, pare escludere in radice la rilevanza giuridica dell'atto nullo. Ciò che, peraltro, non è esatto. Perché i comportamenti delle parti nella stipulazione di un contratto, nonché quello degli agenti e degli organi che intervengono sia nei procedimenti di adozione dei provvedimenti che in questa adozione stessa, possono ben essere giuridicamente rilevanti; e, anzi, molto spesso lo sono: anzitutto, perché da tali comportamenti possono conseguire responsabilità di chi li ha tenuti, o, nel caso degli agenti amministrativi, pure dei loro enti di appartenenza; responsabilità, quindi, nei confronti delle controparti, o dei destinatari dell'atto.

Per quel che riguarda i contratti, quel che la loro nullità impedisce che si produca, è solo un loro particolare effetto: il loro effetto tipico; l'effetto che l'ordinamento, altrimenti, riconoscerebbe loro. E per effetto tipico di tali contratti, si deve intendere, anzitutto, quello che schematicamente è definito dal loro fattore causale; ma anche quello che, nei contenuti concreti di essi determinati dalle parti nel quadro di questo schema, coincide con questi contenuti medesimi. Quell'effetto che queste determinano, almeno secondo certi orientamenti dottrinali, come esplicitazione di una loro autonomia privata. E che lo stesso ordinamento, allora, configurerebbe come *ex actu*. Nel senso: e non, invece, come *ex lege*; cioè come disposto e definito direttamente e esclusivamente dalla legge. La possibile rilevanza giuridica dei comportamenti delle parti di un contratto che poi risulti nullo, può tradursi comunque nella produzione di quegli altri effetti cui si è sopra accennato. Ma questi, per contro, sono definiti di volta in volta dalla legge: sono *ex lege*, appunto. Nel senso: e non, invece, determinati *ex actu*.

Sembra che una simile prospettiva sia delineabile pure per i provvedimenti. I poteri unilaterali di cui siano espressione, infatti, come si cercherà di argomentare in seguito più dettagliatamente, ben possono essere ricondotti nell'ambito di una generale nozione di autonomia dei soggetti di amministrazione cui pertengono; o, quanto meno, possono essere assimilati ad essa. Infatti, anche in quei provvedimenti, e, anzi, ancora prima in quegli stessi poteri, parrebbe rintracciabile una sorta di fattore causale, nei sensi prima accennati: diverso da quello dei contratti, perché insito in provvedimenti e in poteri unilaterali; ma simmetrico ad esso. E con la riserva dell'esigenza di successive conferme di questi dati, si può ipotizzare fin da ora che gli effetti tipici dei provvedimenti conseguano *ex actu*; che la loro incapacità di produrre effetti quando siano radicalmente nulli, vada circoscritta solo a questi tipici; e non comprenda pure altri effetti che tipici non siano, e, soprattutto, che siano viceversa *ex lege*. In particolare, i comportamenti tenuti dagli agenti amministrativi nel corso dei procedimenti poi abortiti in provvedimenti nulli, e nella

stessa adozione di questi, possono ben essere giuridicamente rilevanti. Se non altro, appunto, come quella fonte cui si è già accennato, di responsabilità loro propria, nonché del loro ente di riferimento; pure se la letteratura più recente tende a superare le definizioni più accentuatamente antropomorfe dei concetti di ente pubblico, di suo organo e di imputazione a quello dell'agire di questo.

Per quel che riguarda i contratti viziati solo nella forma attenuata della loro annullabilità, la medesima cultura civilistica, per contro, *a fortiori* riconosce la loro rilevanza giuridica. E la definisce come una loro capacità di produrre i medesimi effetti tipici che causerebbero se fossero validi: effetti, cioè, che sono *ex actu* e non *ex lege*. Ma solo precariamente: perché tali atti, e, quindi, conseguentemente, tali loro effetti, potrebbero essere eliminati dal giudice civile, in seguito all'esercizio da parte dei legittimati delle azioni di annullamento che l'ordinamento riconosce loro. E non pare dubbio che in senso analogo si debba intendere l'annullabilità anche dei provvedimenti amministrativi.

1.4. Anzi, questa nozione di tale loro annullabilità, è sostenuta da precisi riscontri di diritto amministrativo positivo; e risulta ricca di connessioni concettuali, rilevabili sia da nozioni fondamentali da esso diritto risultanti, come e ancor più da loro combinazioni.

È su chiari dati di diritto positivo, infatti, che anzitutto si basa la fondamentale nozione di provvedimento viziato per un vizio classificabile in una delle figure dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge. Quindi, che si basano le fondamentali nozioni di questi vizi medesimi, così come sono modellate e continuamente rimodulate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, anche con apporti di diritto comunitario, e pure di diritto comparato e trans-nazionale in genere; e che, soprattutto ad opera della dottrina, vengono ricondotte ad una generale e rilevantissima nozione di illegittimità di quei provvedimenti medesimi. E sono nozione fondamentali che troviamo riprese in tutti i testi della giurisdizione amministrativa, e, per di più, con un ruolo appunto fondante: dal-

l'art. 3, legge 31 marzo 1889, n. 5992 istituita della IV Sezione del Consiglio di Stato, e dall'art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 1154, t.u. delle ll. sul Consiglio di Stato, ultimo testo legislativo relativo a tale giurisdizione, che contempli solo questo Consiglio; all'art. 2, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativo regionali, e all'art. 29 del *Codice del processo amministrativo*. E, ulteriormente, pure nel testo vigente di questo art. 21 septies, legge n. 241/1990 cui si riferiscono i saggi qui raccolti: in particolare, quello a questo successivo e contiguo, dedicato all'art. 21 octies; in una sequenza normativa in senso discendente che suggerisce di per sé il carattere più attenuato della annullabilità dei provvedimenti, rispetto alla loro nullità, e alla sua radicalità.

D'altra parte, le implicazioni sul piano della invalidità sostanziale dei provvedimenti, di queste nozioni concernenti la loro legittimità, sono confermate senza dubbi residui dai mezzi di tutela che l'ordinamento appresta per i soggetti i cui interessi siano stati lesi dai loro effetti. Queste nozioni, infatti, vanno collegati ai poteri decisorii nei confronti di provvedimenti così sinteticamente definiti illegittimi, che l'ordinamento ha attribuito e attribuisce agli organi aventi la specifica giurisdizione per il sindacato su di essi, e che non a caso è definita di legittimità: prima alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (si tralascia qui il richiamo delle vecchie Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale), e poi anche ai Tribunali amministrativi regionali. Ed è da tali poteri che risulta che il tipo di invalidità che inerisce ai provvedimenti illegittimi sia la loro annullabilità: perché quei poteri decisorii sono tipicamente annullatori. Già i testi legislativi precedentemente richiamati che non sono più vigenti, disponevano in questo senso. E, in questa prospettiva storica, sembra più plausibile che sia stato dal contenuto di tali poteri annullatori, spettanti alla giurisdizione amministrativa, che sia stato ricavata la soluzione sul piano sostanziale, relativa al tipo di invalidità dei provvedimenti sindacabili specificamente in quella sede: la loro annullabilità, appunto, per quanto mai esplicitata come tale dal legislatore. Anche il *Codice del proces-*

so amministrativo, d'altra parte, recepisce questo quadro di nozioni. Anzi, il già richiamato art. 29, eleva il tradizionale ricorso giurisdizionale amministrativo per motivi di legittimità di tipo impugnatorio/annullatorio, ad una vera e propria azione di annullamento. Sembrerebbe che il legislatore abbia adottato questa scelta, in coerenza con i suoi manifestati intendimenti generali, per accentuare lo spessore dell'interesse sostanziale leso dal provvedimento illegittimo, quindi della tutela giuridica di esso, della legittimazione processuale del suo titolare, nonché, conclusivamente, dei profili soggettivi del processo amministrativo — anche di sola legittimità —. Non solo: il legislatore di tale *Codice* ha inteso delineare anche questo processo amministrativo come un processo su azioni, e quindi accostare il classico ricorso al giudice amministrativo della legittimità, alle azioni di annullamento privatistiche — del resto, regolate già dal Codice di diritto civile sostanziale, prima che da quello processuale —. Pare comunque plausibile che il suggerimento legislativo di questo accostamento, peraltro basato su ricchi filoni dottrinali recenti, sottovaluti le specificità di natura e di struttura di tale ricorso, rispetto all'azione civilistica. In ogni caso, sempre a proposito del problema di quale sia il fattore tra disciplina sostanziale e regime processuale che vada visto come prioritario, e che perciò condizioni l'altro, sembra che tale *Codice* abbia capovolto la prospettiva storica prima richiamata: nel senso che sia l'annullabilità sostanziale dei provvedimenti illegittimi ad essere stata posta adesso a mo' di premessa per la costruzione del ricorso al giudice amministrativo della legittimità come una vera e propria azione di annullamento; ricorso che, però, appunto, rimane sempre di tipo impugnatorio/annullatorio.

In ogni caso, emerge così *per tabulas* una connessione che sembra essenziale, tra la illegittimità dei provvedimenti e la loro annullabilità: la loro sola annullabilità. La quale si presenta quindi non solo come una specifica categoria della loro invalidità, da doversi delineare secondo i classici canoni anzitutto privatistici; ma anche, e soprattutto, come quella che da tale illegittimità necessariamente consegue. È questa connessione, allora, che

individuerebbe le norme la cui violazione da parte del provvedimento determinerebbe questa sua annullabilità, questa sua sola annullabilità: sono quelle, come è ovvio, la garanzia della cui cogenza è affidata al giudice amministrativo della legittimità. Ed è su questa connessione che è possibile individuare le norme la cui violazione da parte del provvedimento ne comporta l'annullabilità, la sua sola annullabilità. È questa connessione il fattore che potrà concorrere a definire *a contrario*, a mo' di contrappunto, le disposizioni la cui violazione ne causerà, viceversa, la piena nullità. Si anticipa che, dall'analisi della matrice dei poteri unilaterali delle amministrazioni, emergeranno con grande rilevanza le norme attributive di tali poteri a tali amministrazioni, e, quindi, che li perimetrano. E, allora, che è la violazione di queste norme fondamentali da parte dei provvedimenti, la causa della loro radicale nullità. Si intuisce, quindi, che le norme alla stregua delle quali giudica il giudice amministrativo della legittimità, viceversa non arriveranno ad impingere sull'esistenza e sulla delimitazione del potere di cui il provvedimento sia stato esplicazione: perché risulterà che ne regolano solo l'esercizio. E che ne possono disciplinare solo questo suo esercizio: poiché, infatti, si collocano all'interno di quella sua esistenza, e di quella sua delimitazione. Perciò, quella connessione dovrà esse ripresa in seguito con altri approfondimenti: quando si tratterà di isolare con maggiore esattezza, sistematicamente e per contrapposizione, quelle suddette diverse norme cui i provvedimenti si devono conformare, a pena viceversa della loro nullità.

E anche in vista di questo futuro ritorno sull'argomento, parrebbe necessario ricordare subito, con richiami almeno a grandi linee, quali siano gli oggetti di queste norme, applicate dalla più tradizionale giurisdizione amministrativa; anche perché, con queste ulteriori precisazioni, si potrà attribuire una concretezza maggiore, alla loro affermata riconduzione alla nozione di solo esercizio del potere di cui il provvedimento sia stato esplicazione — in contrapposizione a quella di esistenza del potere stesso, e della sua delimitazione —. Al riguardo, la frequenza dei richiami che ne fanno i repertori della giurispru-

denza di questi giudici, offre spunti assai significativi. Tuttavia, è per evidenti ragioni di logica, che si dovrebbero collocare al primo posto le norme che dispongono l'articolazione ulteriore per organi degli enti pubblici cui l'ordinamento abbia attribuito soggettività propria e poteri unilaterali — con i relativi riparti di competenza —. D'altra parte, pare che la maggiore importanza la abbiano le norme che regolano la procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri unilaterali delle amministrazioni. Tutte queste norme orientano le determinazioni che le amministrazioni procedenti, possono adottare esplicitando loro discrezionalità. E, così, tendono a limitare gli spazi entro i quali tali amministrazioni possano determinarsi discrezionalmente. E talvolta possono arrivare fino al punto nel quale, tale discrezionalità, risulti essere stata elisa del tutto. Quindi, vanno qui ricordate anche le norme che provocano questo risultato estremo: quelle che legano rigidamente, per così dire in positivo o in negativo, il contenuto dei provvedimenti che quelle amministrazioni adottino, alla sussistenza o alla insussistenza di presupposti oggettivi o di requisiti soggettivi, che sono già *ex ante* normativamente determinati. Con l'ovvia implicazione della non condivisibilità della tesi secondo la quale dal vincolo in questi termini dell'esercizio del potere, e del provvedimento, scaturirebbe la trasformazione in diritto soggettivo del contrapposto interesse individuale: questa trasformazione non si verifica, quando le norme che proteggano questo interesse, siano di mero esercizio di quel potere stesso. A queste disposizioni la cui violazione da parte dei procedimenti e dei provvedimenti, che nella tradizionale tripartizione dei vizi di legittimità comporterebbe la loro illegittimità per incompetenza o per violazione di legge, vanno aggiunti i principi e i criteri che regolano l'esplicazione di discrezionalità che residuasse, la violazione dei quali concretterebbe da parte loro, viceversa, una qualche figura di eccesso di potere.

Esaurita questa sommaria esemplificazione, largamente a futura memoria, e ripreso perciò il filo principale delle argomentazioni, è opportuno ripetere un dato prima accennato: è l'incidenza dei mezzi di tutela giurisdi-

zionale amministrativa degli interessi individuali lesi dai provvedimenti solo illegittimi, che non solo consente la loro capacità di produrre i loro effetti tipici, ma anche che ne determina in modo così saliente la precarietà. Perché tale incidenza è delineata in modo tale, che essa completa e conferma la loro annullabilità; la ribadisce come il regime necessariamente caratterizzante questa loro invalidità. Tali provvedimenti, infatti, seguono ad esplicitare il loro effetto tipico fino al loro annullamento giurisdizionale (si tralasciano qui le ipotesi di annullamento in sede amministrativa): che, come è ovvio, è solo eventuale. E anche nel caso nel quale essi vengano effettivamente impugnati davanti al giudice amministrativo, il ricorso nei loro confronti non provoca di per sé la sospensione di tale loro effetto: la quale, come si sa, può essere disposta sì da tale giudice, ma solo mediante una sua pronuncia di accoglimento di una specifica istanza di tutela cautelare avanzata dall'interessato.

Comunque, l'annullabilità dei provvedimenti risulta chiaramente derivare dalla violazione da parte loro delle norme il cui rispetto è sindacato dal giudice amministrativo della legittimità. Così che la soluzione del problema delle individuazione delle radici di tale annullabilità, considerato di per sé, e più ancora nella prospettiva di un confronto con le radici della loro piena nullità, deve essere cercata nella analisi dei caratteri di tali norme che le specificano e che, così, le differenziano.

1.5. È in questo quadro generale di riferimento, che vanno iscritte le altre disposizioni codicistiche sul regime delle nullità dei contratti e dei negozi privatistici, e quelle corrispondenti per i provvedimenti amministrativi; che, di solito, sono frutto di adattamento delle prime alle loro specificità. E, in contrappunto, le disposizioni sul regime di (sola) annullabilità di tutti questi atti.

Sono pertinenti a questa raccolta di saggi, solo ulteriori riferimenti al regime della invalidità sostanziale di tali atti; riferimenti che rimarranno comunque solo sommari. Le norme del codice civile ammettono la conversione del contratto nullo (art. 1424), ma non

la sua convalida (art. 1423), che viceversa è possibile per quello annullabile (art. 1444). Per quel che riguarda i provvedimenti, ci si limiterà a dire che tali regole sono in linea di principio applicabili anche alle corrispondenti loro invalidità. Questa estensione è avvenuta, più che in forza di particolari disposizioni di settore che non importa qui richiamare in dettaglio, soprattutto in base ad una elaborazione di principi generali che è stata prevalentemente di matrice dottrinale e giurisprudenziale. Elaborazione che appare di netta derivazione privatistica; e che ha compreso anche altre istituti del genere, che nel diritto amministrativo rivestono maggiore rilevanza pratica: la sanatoria, la ratifica dei provvedimenti viziati per incompetenza, ecc. Da ultimo va ricordato, tuttavia, che le norme generali del codice civile, e i principi e le disposizioni del diritto amministrativo prima e adesso citate, delineano in modo assai accentuato la differenziazione della disciplina, rispettivamente, delle nullità dei contratti, dei negozi e dei provvedimenti, e quella della loro annullabilità, e delle altre diverse forme similari di loro invalidità: con la massima divaricazione, cioè. Ma i paradigmi generali che tali norme così tratteggiano, sono solo tendenziali: nel senso che singole disposizioni particolari, riguardanti specifici atti o loro specifiche ragioni di invalidità, possono derogarvi per l'uno o l'altro aspetto; quindi, tali disposizioni possono attenuare quella divaricazione, potendo concretare, per i singoli casi di riferimento, regimi speciali in qualche modo intermedi.

Estranei alla presente raccolta, viceversa, sono gli istituti di giustizia amministrativa che tutelano i soggetti i cui interessi siano lesi da provvedimenti affetti da invalidità, secondo le varie forme di questa. Ma appare opportuno indicare i nodi più problematici nell'applicazione delle nuove norme intervenute in materia; nodi inerenti a disposizioni non solo della legge cui si riferiscono questi saggi, ma anche del *Codice del processo amministrativo*.

Sul versante civilistico, campeggiano le due azioni specifiche, relative alle due principali di tali forme.

Anzitutto, quella di nullità. Che può essere fatta valere da chiunque (art. 1421 c.c.), e

che è imprescrittibile (art. 1442 c.c.). D'altra parte, il *Codice del processo amministrativo*, al 4° e ult. comma dell'art. 31, prevede «*La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge ...*». Non pare dubbio che questo comma sia applicabile solo nell'ambito del processo che tale *Codice* regola. Ma anche che, indipendentemente da esso, pure il giudice civile possa rilevare la nullità di un provvedimento: che abbia anch'esso gli strumenti processuali a ciò necessari. Però, sembra che esso possa compiere questo suo accertamento, solo nei modi e nei limiti nei quali può esplicitare in genere la sua funzione. Nel quadro dell'ordinamento generale, il giudice civile si presenta come il giudice di tutela dei diritti dei vari soggetti di esso; quindi, nei confronti specifici delle amministrazioni, come il giudice di tutela dei contrapposti diritti di altri soggetti di quel medesimo ordinamento. Per quel che qui rileva, in particolare: di tutela nei confronti di provvedimenti che l'amministrazione medesima abbia emanato, ricollegandoli a poteri unilaterali di cui sia titolare. Provvedimenti i quali, realmente o apparentemente, incidano su uno di quei diritti di quei soggetti. Allora, va ricordato, il giudice civile, almeno in linea di principio, non è un giudice diretto della validità dei provvedimenti in sé considerati: come è quello amministrativo della legittimità; peraltro, relativamente ai soli provvedimenti illegittimi, e quindi soltanto annullabili. Quindi, parrebbe preferibili individuare l'oggetto del giudizio celebrato davanti al giudice civile, solo nel diritto vantato dall'attore. Perciò, più precisamente in riferimento al problema qui considerato: del suo diritto, così come risulta dopo che l'amministrazione abbia adottato un provvedimento che anche solo apparentemente vi incida. Conseguentemente, il giudice civile è quello che, di questi provvedimenti, valuta solo la loro incidenza sul diritto del quale l'attore chiede tutela: accerta che l'amministrazione ne ha disposto efficacemente — almeno per il momento —, quando il provvedimento che ha emanato non sia invalido nella più grave forma della radicale nullità; o, per meglio dire, quando l'attore ne contesti un vizio, che oggettivamente ne potrebbe provocare solo l'annullabi-

lità: in ogni caso, pronunciando al riguardo il difetto della propria giurisdizione. Ed è anche il giudice che di quel diritto accerta viceversa la persistenza, quando quel provvedimento sia nullo; o, per meglio dire, quando l'attore ne contesti un vizio, che oggettivamente ne potrebbe provocare la nullità: in ogni caso, affermando al riguardo la sussistenza della propria giurisdizione. E ragionamenti paralleli possono essere svolti nell'opposto caso nel quale il provvedimento, di un diritto, abbia o sembri avere effetto costitutivo. Tanto nell'una che nell'altra ipotesi, si conferma che quel giudice civile giudica in un giudizio che pare abbia sempre per oggetto diretto solo il diritto di cui l'attore chieda tutela. Quel giudice, dunque, conosce di quel diritto, sia per la sua perdita da parte del titolare, a causa della sola annullabilità del provvedimento pur invalido che ne disponga; sia nel suo mantenimento, perché quel provvedimento medesimo, viceversa, risulta radicalmente nullo. Quel giudice, perciò, giudica in un giudizio nel quale l'accertamento del tipo invalidità di quel provvedimento appare piuttosto pre-giudiziale.

D'altra parte, il 4° e ult. comma dell'art. 31 del *Codice del processo amministrativo*, introduce in questo processo «*La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge ...*». Va notato subito che tale articolo regola due possibili richieste del ricorrente, le quali appaiono nettamente eterogenee. Ossia, come risulta dalla stessa sua rubrica: «*Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*». E va notato, altresì, che la richiesta di tutela «*... avverso il silenzio ...*», è qualificata come «*Azione ...*»; del resto, in pieno allineamento con i precedenti artt. 29 e 30 che così definiscono le domande di «*... annullamento*» e di «*... condanna*». Mentre la domanda relativa alla nullità del provvedimento è più modestamente indicata solo come tale: «*... come domanda volta all'accertamento ...*» di essa. Comunque, è questa la disposizione, molto scarsa, ma specificamente applicabile per la rilevazione della nullità di un provvedimento, nell'ambito dei giudizi davanti al giudice amministrativo. E la più vistosa divergenza rispetto all'azione di nullità dei contratti di cui agli artt. 1418 e ss. c.c., è che tale domanda,

lungi dall'essere imprescrittibile, può essere proposta entro il termine di 180 giorni; che, per di più, il legislatore ha qualificato come di decadenza, e non di prescrizione. Lo stesso comma 4, peraltro, per le questioni relative alla nullità per violazione o elusione del giudicato, rinvia al successivo art. 114, comma 4, e, in genere, alle disposizioni specifiche per il giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV.

Le maggiori criticità nell'applicazione nei giudizi davanti al giudice amministrativo, della domanda di accertamento della nullità del provvedimento prevista dal comma suddetto di tale art. 31 riguardano gli spazi che vi possa avere. Anzitutto, nel principale di tale giudizi, che rimane quello di legittimità: che è di tipo impugnatorio-annullatorio, che non può risolversi in una domanda di sole accertamento, e che non può essere espletato a tutela di diritti soggettivi. Si può solo ipotizzare l'eventualità che in uno di questi giudizi, sorga la questione di nullità di un provvedimento: che, però, ovviamente deve essere diverso da quello impugnato. Ma una questione la cui soluzione in qualche modo rilevi per la soluzione di quella di legittimità di questo: che però è diversa, pur se conseguente. Tale nullità, allora, potrebbe essere accertata in tale giudizio; ma, sembra, solo in via pregiudiziale e incidentale; e, quindi, senza che questo relativo accertamento possa acquistare autorità ed efficacia di giudicato. Tuttavia, solo una consistente esperienza soprattutto giurisprudenziale di applicazione di tale disposizione, potrà sciogliere questi dubbi. E la relativa scarsità della attuale casistica giurisprudenziale dalla domanda di accertamento della nullità del provvedimento davanti al giudice amministrativo nei giudizi di sola legittimità del provvedimento impugnato, sembra che debba essere interpretata nel senso della sostanziale eterogeneità di tale domanda, rispetto ai caratteri di tali giudizi.

Tale domanda di accertamento davanti al giudice amministrativo, potrebbe viceversa trovare più spazio quando tale giudice eserciti la propria giurisdizione esclusiva. Cioè, nei casi nei quali il giudizio abbia a oggetto un diritto soggettivo del ricorrente, ragionevolmente più spesso a contenuto patrimoniale.

E questo diritto appaia pregiudicato da un provvedimento che non sia solo annullabile. In altre parole, la cui validità sia contestabile dal ricorrente con la domanda di accertamento della sua piena nullità, e non col classico ricorso giurisdizionale amministrativo di tipo impugnatorio-annullatorio. Non con un ricorso, quindi; e soprattutto, non con un ricorso che debba essere proposto entro il rigido, usuale e più breve termine di decadenza di sessanta giorni. E anche in questa ipotesi può porsi il medesimo problema dei limiti oggettivi e soggettivi, della rilevanza extraprocessuale da dare all'accertamento del giudice amministrativo.

1.6. Finora sono rimasti ai margini, tranne che nelle anticipazioni prima sommariamente accennate, i due problemi fondamentali che ogni ricostruzione della nullità del provvedimento deve affrontare. Problemi, i cui termini sono sintetizzabili in due domande essenziali: quando è che un provvedimento sicuramente invalido — in particolare: per violazione di una disposizione imperativa —, debba essere qualificato come radicalmente nullo (sottinteso: e non solamente annullabile, come giurisprudenza e larga dottrina tuttora affermano essere ancora la regola)? E quali sono le diverse cause sostanziali di tale più radicale sua invalidità (sottinteso: evidentemente, non solo differenti, ma anche più incisive e pregnanti da quelle che riescono a causarne la sola annullabilità)? Del resto, è al primo di tali problemi che è dedicata la formulazione dell'art. 21 *septies*; e, poi, pure l'altro tende necessariamente ad affiorarvi, almeno per implicito. Ma, ciò nonostante, non pare che tale formulazione abbia fatto emergere dati sufficientemente significativi per la loro soluzione. Si è già rilevato che, apparentemente, il legislatore di questo articolo ha voluto adottare locuzioni, le quali almeno riecheggino quelle che il codice civile dedica alle nullità dei contratti di diritto privato; in particolare, agli artt. 1325 e 1418. Ma è proprio per il confronto con le formule di tale codice, tecnicamente assai più pregevoli, che risaltano più evidenti le inadeguatezze di quelle qui analizzate.

Anzitutto, non sembra soddisfacente la locuzione adottata dall'articolo che si commenta, relativa alle invalidità c.d. strutturali: «È nullo il provvedimento amministrativo che manca (*rectius*, forse: manchi) degli elementi essenziali ...»; perché essa, se venisse presa alla lettera, non sarebbe neppure comprensibile: non ne sarebbe neppure percepibile il nesso con la nullità del provvedimento medesimo.

Tale locuzione, infatti, si riferisce ai suoi «... elementi essenziali ...». Che, peraltro, né precisa né qualifica. La prima lacuna, per fortuna, almeno a grandi linee è comunque colmabile anche intuitivamente, tanto quegli elementi, visti nei loro caratteri generali, sono noti e tradizionali — del resto, come i simmetrici dei contratti e degli altri negozi privatistici —: soggetto emanante (o soggetti stipulanti un contratto o un altro accordo, o soggetto che abbia adottato un negozio unilaterale), oggetto, contenuto concretato nel dispositivo (non pare anche la motivazione), forma; e il tanto discusso fattore causale. Ma non anche la seconda lacuna; tale locuzione, infatti, prende tali elementi allo stato grezzo, per così dire: quali comunque essi siano. Ma, allora, se uno di essi «... manca(ss)e ...», il provvedimento sarebbe addirittura inesistente. Certamente, è dibattuta la linea di confine tra la nullità degli atti e la loro addirittura inesistenza: perché anzitutto sono discusse le definizioni di queste due nozioni; forse, la seconda ancor più della prima. Parrebbe preferibile, comunque, l'orientamento per cui sarebbe inesistente il contratto, il negozio o il provvedimento, del quale neppure sussistano gli elementi fattuali; mentre il diverso concetto di nullità è delineabile sul differente piano delle qualificazioni giuridiche di questi elementi medesimi. Quindi, un provvedimento che non fosse emanato da un soggetto, non avesse un oggetto e non dettasse un contenuto, non fosse completato con un dispositivo, e non avesse preso una forma che lo avesse reso oggettivamente percepibile, non sarebbe neppure venuto ad esistenza. In ipotesi del genere, perciò, non si potrebbe neppure aprire la prospettiva nella quale fosse possibile inquadrare la questione della sua eventuale nullità: perché anche nel provvedimento che si rivelasse nullo, per quanto sia

così radicale questa sua eventuale invalidità, dovrebbero già sussistere almeno fattualmente tutte le sue componenti. E nell'ipotesi nella quale la sua perfezione dovesse maturare mediante un procedimento specificamente previsto a questo scopo — esempio tipico: il provvedimento complesso —, esso, allora, dovrebbe essere già stato perfezionato. Da questo punto di vista, dunque, sembra chiaro: non possono ridondare in problemi di nullità dei provvedimenti, quelli che attengono anzitutto e preclusivamente, alla loro esistenza/inesistenza; nemmeno *sub specie* della loro mancata perfezione.

Il confronto con le norme privatistiche sottolinea immediatamente in che senso la disposizione che si considera è da questo punto di vista insufficiente. Perché l'art. 1325 c.c., relativo ai contratti, e quindi tendenzialmente anche agli altri negozi privatistici in genere, richiama i loro «... requisiti ...»; s'intende: sempre di carattere generale. Usa un termine, allora, che è carico di significato prescrittivo: perché è perfettamente in grado di esprimere l'esigenza che le loro componenti costitutive non solo siano venute comunque ad esistenza, ma che pure si siano rivelate conformi alle eventuali ulteriori prescrizioni normative, peraltro ugualmente generali, che le riguardano. Per esempio, per la causa, la sua liceità (art. 1343); per esempio, per l'oggetto, di nuovo i suoi «... requisiti ...» (art. 1346); ecc.

Con l'art. 21 *septies*, il legislatore ha inteso normare in termini generali la nullità dei provvedimenti. Ma, allora, l'interprete che ne volesse ricostruire la portata normativa, per dare significato alla locuzione qui criticata, dovrebbe superarne la lettera; soprattutto per recuperarne il nesso con l'altra iniziale: «È nullo il provvedimento amministrativo che manca ...», dovrebbe leggerla come vi fosse scritto «... dei requisiti ...». Oppure anche, se si volessero tenere ferme le parole: «... degli elementi essenziali ...», vi si dovrebbero aggiungere: «... prescritti dalla legge ...»; con un arricchimento del vincolo normativo della attuale aggettivazione: che, viceversa, di quegli «... elementi essenziali ...» sembra accennare solo al loro generico carattere costitutivo. Va da sé, d'altra parte, che queste precisazioni pongono solo le premesse per la necessaria ricostruzione del-

la disciplina della nullità del provvedimento; la quale, ineludibilmente, non può che avere basi sistematiche, e che non è certo circoscrivibile ad una esegesi meramente letterale dell'articolo considerato.

1.7. Né appare più soddisfacente la locuzione che il legislatore di questo art. 21 septies ha adottato, per definire l'altra ipotesi nella quale il provvedimento è nullo: negli «... altri casi espressamente previsti dalla legge». Perché essa si risolve in un mero rinvio. Ma in un rinvio che appare quanto mai generico; anche se così formulato, potrebbe valere comunque come norma di chiusura. Perché, nella sua sinteticità, non precisa realmente il proprio campo di applicazione: non dà lumi su quali siano le basi sostanziali di questa invalidità radicale del provvedimento medesimo, che una qualche disposizione legislativa potrebbe ulteriormente comminare.

È vero, peraltro, che tra le norme codicistiche sulla nullità dei contratti, pur in linea di massima ben più precise, se ne rinviene una altrettanto generica: il comma 3 dell'art. 1418 c.c., che recita: «*Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*». Anzi, quasi letteralmente identica, se non fosse che l'articolo relativo ai provvedimenti, tra le parole dedicate al riguardo, comprende in più un avverbio: ipotizza la nullità dei provvedimenti sì «... negli altri casi ... previsti dalla legge ...», ma purché «... espressamente ...». Con l'obiettivo, sembra, di precludere all'interprete la qualificazione di uno di tali provvedimenti come nullo, solo in base ad una argomentazione che fosse soltanto di carattere sistematico, e priva di un esplicito sostegno testuale. Pare ragionevole dubitare che tale avverbio possa raggiungere questo obiettivo: che possa imporre all'interprete di ricostruire la portata delle disposizioni dalla cui violazione da parte del provvedimento potrebbe discendere la sua nullità, schiacciandolo sul solo dato letterale.

Comunque, anche quel codicistico comma 3 di quell'art. 1418, è sì meramente di rinvio; anche questo rinvio è sì aperto, e si atteggia come norma di chiusura; ma in un ben più stringente contesto normativo: per-

ché è inquadrato in una ben più solida intellaiatura prescrittiva. Quello stesso articolo del codice, infatti, si apre con un comma 1: «*Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*», che è ben altrimenti significativo. Perché fissa subito i parametri sostanziali che sono fondamentali per la delimitazione dell'area della nullità, o, almeno, di quella più significativa — là quella dei contratti e degli altri negozi privatistici, qui quella dei provvedimenti —: la vigenza di una norma, il suo carattere imperativo, e la loro contrarietà ad essa. E, inoltre, e soprattutto, stabilisce esplicitamente quale sia la conseguenza della violazione di tale norma imperativa da parte del contratto: questo è invalido, nella forma più radicale della sua nullità. In altre parole: tale articolo fissa la nullità radicale del contratto, come il regime della sua invalidità quando violi una norma imperativa. Almeno di regola. Perché, è vero: il medesimo articolo del codice ipotizza che la legge possa disporre altrimenti. Ma con una previsione che si atteggia come derogatoria al principio suddetto: è questa previsione di esclusione che deve risultare dalla legge. Del resto, non necessariamente in modo esplicito: come potrebbe imporre il legislatore di questo art. 21 septies. A meno che non gli si volesse accreditare una volontà che fosse consapevole, di restringere, rispetto al campo della nullità dei contratti e dei negozi privatistici, quella della nullità dei provvedimenti; ma non ne sarebbero chiare le basi.

Nessuno di questi dati sostanziali, fondamentali per lo studio della nullità anche dei provvedimenti, sono definiti dall'articolo che avrebbe dovuto disciplinarla; che pure alla disciplina di essa è dedicato. Il quale, perciò, sotto questo aspetto, appare piuttosto privo di significato. È l'interprete, allora, che anzitutto dovrebbe sciogliere quel che sarebbe rimasto solo nell'implicito; e riferire pure alla nullità dei provvedimenti, la sostanza di quel primo comma civilistico. Ma anche chi ritenesse l'operazione ermeneutica possibile, non arriverebbe ad un grande risultato: perché l'imperatività della norma che il provvedimento violasse, se è condizione che in questa prospettiva rimane almeno tendenzialmen-

te necessaria perché questo possa venire qualificato come nullo, non è davvero di per sé sufficiente; come ha riconosciuto la giurisprudenza del Consiglio di Stato prima ricordata. E, invero, la produzione di questa invalidità così radicale dei provvedimenti, è esclusa *per tabulas*, anche secondo i puntigliosi richiami di norme di diritto positivo prima accennati, come conseguenza della violazione da parte loro di una miriade di disposizioni: nientedimeno di tutte quelle, anche se formalmente primarie, il sindacato sull'osservanza alle quali sia riservato alla giurisdizione amministrativa di legittimità. Pur se la loro imperatività non parrebbe porre essere messa in dubbio: anche se ulteriori approfondimenti di certe loro specificità, per così dire la colorasse diversamente. Circoscrivere quali siano le norme imperative la cui violazione da parte del provvedimento ne determini la nullità, e il perché, sono i principali problemi che incontra chi questa nullità e le sue ragioni volesse ricostruire. E la perimetrazione di queste ragioni della loro nullità non può non andare di pari passo con la perimetrazione della contrapposta loro sola annullabilità — del resto, più chiaramente già acquisita, col richiamo dell'oggetto di quella giurisdizione —. Sono questi i principali problemi che l'interprete deve affrontare; e che viceversa l'articolo che qui si considera, pur nella sua pretesa centralità per la costruzione della disciplina della materia, rinuncia anche solo ad impostare.

Tanto per l'ipotesi della nullità dei provvedimenti che mancassero di uno degli «... elementi essenziali ...», che per quella degli «... altri casi espressamente previsti dalla legge», allora, il ragionamento porta ad una identica conclusione: fa emergere l'esigenza, per un più esatto suo inquadramento, della rilevazione di ulteriori dati normativi. Ulteriori dati che, da un lato, trasformino in veri e propri «... requisiti ...» generali di tali provvedimenti, quegli incolori «... elementi essenziali ...» la cui mancanza causi tale loro nullità di tipo strutturale. Ulteriori dati normativi che, dall'altro lato, rendano chiara la natura delle disposizioni la cui violazione da parte dei medesimi provvedimenti ne provochi la medesima nullità — e non solo la loro semplice

annullabilità —: quelle disposizioni che il nostro legislatore ha richiamato solo con la formula anodina degli «... altri casi espressamente previsti dalla legge». Anche queste altre disposizioni possono riguardare gli «... elementi essenziali ...» del provvedimento; ma non più per definirne i loro requisiti generali: ora, per prescriverne o per vietarne clausole o aspetti specifici. Come si è accennato, sono frutto di particolari scelte politiche che il legislatore ha adottato. E, con questi tratti, possono limitare in vario modo le autonomie dei soggetti di amministrazione titolari dei poteri di cui tale provvedimento sia esplicazione; anche oltre tali suoi «... elementi essenziali ...»: come sarà illustrato nel successivo saggio relativo alle nullità diverse da quelle c.d. strutturali.

Per quel che riguarda in particolare le nullità dei provvedimenti per la mancanza di uno dei loro «... elementi essenziali ...», la maggiore prescrittività del termine «... requisiti ...» che il legislatore ha adottato simmetricamente per i contratti, potrebbe far ritenere che l'ordinamento circoscriva e vincoli l'autonomia dei privati di cui questi costituiscono esplicazione, più dei poteri unilaterali di cui quelli costituiscono esercizio. Ovviamente, così non è. Anzi, è esattamente il contrario. E a causa di un fattore di fondo del massimo rilievo: il differente rapporto nel quale l'ordinamento si pone, da un lato rispetto a quella autonomia privata, e dall'altro a quei poteri unilaterali. Si è già rilevata la necessità di impostare gli specifici problemi della nullità dei provvedimenti, tenendo conto del quadro generale dei concetti elaborati dai civilisti per dare sistemazione alle forme di invalidità dei contratti e degli altri negozi privatistici; e solo acquisito questo quadro, di affrontare tali problemi nella loro indubbia e saliente specificità: eventualmente, divaricando in qualche misura dalla prospettiva civilistica, quella che fosse emersa per i provvedimenti come la più pertinente. Non sembra possibile, allora, evitare di considerare più approfonditamente il rapporto nel quale l'ordinamento si atteggia, prima rispetto a quella autonomia privata medesima, e poi, e diversamente, rispetto a quei poteri unilaterali suddetti.

1.8. Anzitutto, va ricordato che i privati, fin dalla notte dei tempi, e quindi già ben prima della formazione di ordinamenti di tipo statale, hanno dimostrato di possedere una propria e indipendente capacità negoziale: soprattutto, ideando contratti — magari, agli albori, solo con i tratti più rudimentali dei baratti —, e negozi in genere. Quindi, profilando la loro obbligatorietà per le parti che li hanno stipulati o comunque formulati: proprio in forza del consenso che vi hanno prestato, o comunque manifestato. Non solo: tali privati hanno esplicitato tale loro capacità negoziale, oltre che con riflessi nell'ambito dell'intera società poi organizzata a Stato, pure in particolari ambienti sociali di diversa e più specifica natura. Specie in ambienti che si fossero comunque già oggettivamente strutturati, che così avessero maturato propri assetti, quindi che vi fossero già state adottate proprie regole, o che comunque già vi vigessero anche tacitamente — dalla famiglia alle comunità di affari, o sportive, o ludiche, o altro ancora —. Si può arrivare a dire, allora, che quegli ambienti, proprio perché già così strutturati, già di per sé, almeno potenzialmente, costituivano e costituiscono ordinamenti. Ordinamenti già in sé giuridici; anche quando fossero di piccole o di piccolissime dimensioni — ma si pensi al fenomeno ormai imponente delle organizzazioni trans-nazionali, di solito capaci di grande rilevanza economica e finanziaria: tra le quali è giustificato richiamare qui, quelle la cui vigenza giuridica non potesse essere fatta derivare da veri e propri trattati regolati dal diritto internazionale; quelle il cui fondamento giuridico, allora, si concretasse solo sul piano fattuale: in una effettività loro propria —.

Quegli accordi, dichiarazioni di volontà e altro che quei privati vi avessero espresso, apparirebbero manifestati in base a quella loro capacità negoziale già accennata; la quale, secondo le progressive precisazioni dei loro caratteri e della loro effetti ed efficacia, sempre più chiaramente sembra emergere come loro naturale. E quei loro atti, in quei medesimi ambienti, avrebbero potuto trovare anche già di per sé una propria garanzia di vigenza. Una garanzia anche per quel che riguarda la sanzione in caso di trasgressioni.

Cioè, il fattore sicuramente più problematico: per la definizione dei tratti che ne possano indicare in concreto la sussistenza — con quali tratti può essere definita? —, e per le ragioni che ne possano denotare la necessità — può essere definita giuridica una norma senza sanzione? —. E ciò, al fine della possibilità di qualificare come giuridici tanto la regola violata, che l'ambiente in cui questa vigesse. Perché, nell'ipotesi nella quale quei soggetti risultassero inadempienti agli impegni che in forza di tale loro capacità avessero assunto in tali ambienti, nelle relazioni che vi intratterrebbero potrebbero subire conseguenze negative: sanzionatorie, appunto, se non altro, di carattere almeno sociale. Una qualche sanzione, cioè, che con tratti propri, anche se solo in una certa misura, valesse già di per sé: che in quegli ambienti potesse operare indipendentemente, quindi, da ogni rinforzo che le sopravvenisse da un qualche altro ordinamento. A cominciare, ovviamente, da uno di tipo statale: che si fosse invero in quei tempi e in quei luoghi, con i suoi tribunali e i suoi carabinieri.

Perciò, sembra assolutamente non condizionale, perché del tutto lontana dalla realtà, quindi incompatibile con la natura delle cose, ogni impostazione teorica del rapporto di quell'ordinamento statale medesimo con questa capacità negoziale dei privati, secondo la quale sarebbe tale ordinamento che la avrebbe attribuita loro. Questa capacità è già emersa come una possibilità che questi naturalmente posseggano, e realmente possano dispiegare, vitale ed effettiva, e soprattutto — si ripete —, già giuridica, fattualmente ad esso preesistente, e perciò da esso indipendente. E pare che quell'ordinamento, con alcune sue norme fondamentali per l'assetto della materia che si richiameranno, di questa capacità dei privati, per di più con questi suoi caratteri sostanziali, effettivamente si limiti a prenderne atto. Perciò, sembra che, per la definizione del rapporto nel quale tale ordinamento statale si pone con questa capacità medesima, sia più appropriato il concetto di solo riconoscimento di essa.

Tanto più che questo termine che esprime questo suo rapporto, emerge già *nominatum* nella formulazione di un testo normativo

di quell'ordinamento medesimo. Addirittura, di quello più elevato del suo sistema delle fonti — sia pure solo nell'ambito di quelle scritte; con una precisazione ed una delimitazione che va sottolineata, perché è essenziale: perché esclude la fondatezza degli orientamenti teorici, della sua completa risolvibilità nelle sue sole norme —. Ossia: nella Costituzione. Nella formulazione, cioè, dell'art. 2 di questa, che sancisce che «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*»; *rectius*, anzitutto delle persone fisiche: cioè dei principali soggetti di diritto privato. Sono questi i soggetti che di quel diritto per così dire siano di base; dai quali pure le persone giuridiche del medesimo diritto in ultima analisi derivano. In quella formulazione di quell'art. 2 che, per di più, si leggono anche le parole: «*... sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ...*»; molto significativamente: anche se, con evidenza, la ricostruzione della portata di esse, sicuramente grande, richiederebbe ben altri approfondimenti.

Non è possibile qui una analisi più dettagliata del collegamento che ora si adombra, dell'autonomia privata con questo articolo costituzionale. Se ne può solo prospettare un possibile esito. Che possa essere configurata come protetta alla stregua di un diritto dello stesso genere di quelli cui tale articolo garantisce la tutela. E, quindi, che possa essere tutelato come uno di essi, pure un particolare ed ulteriore interesse di quei privati: distinto da quello che discende primario dalla loro naturale capacità negoziale, ma anche da questa derivato, e sia pure come conseguenza ulteriore. L'interesse, cioè, di chi abbia agito — già comunque giuridicamente —, nell'ambito del diritto appunto dei privati — se si vuole: in un qualche loro ordinamento particolare diverso e distinto da quello statale —, a che questo ordinamento statale medesimo riconosca efficacia pure nel proprio ambito, ai contratti, e ai negozi che essi già abbiano stipulato e formulato. E, naturalmente, ai loro effetti che essi abbiano già conseguito; anche se in ambiti più circoscritti. E, quindi, che trasformi quei contratti e quei negozi che già vengano nel diritto dei privati, in contratti e negozi validi ed efficaci pure nel diritto pri-

vato dello Stato. È realistico ritenere, d'altra parte, che quei privati, questo interesse comunque lo abbiano: per quanto la loro azione abbia costituito esplicitazione di quella loro capacità negoziale che è già parsa loro naturale. Per quanto, perciò, tale loro azione possa avere acquistato di per sé carattere giuridico, e rivelato già una propria vigenza. Pare ovvio, infatti, che quei privati abbiano interesse ad ottenere quella maggiore garanzia di effettività dei loro contratti e negozi, che l'ordinamento statale può loro assicurare; anche se fosse solo ulteriore. Che solo quell'ordinamento statale può loro assicurare con una coattività che sia più stringente — almeno di solito; ma si pensi alla criminalità organizzata, sia nelle nostre tradizionali e localizzate forme più risalenti nel tempo, che nelle sue contemporanee manifestazioni anche addirittura transnazionali e transcontinentali —. Quella coattività, almeno in linea di principio maggiore, che tale ordinamento può garantire: appunto, con i propri tribunali e i propri carabinieri.

Che questo ordinamento solo riconosca la capacità negoziale dei privati, che la presupponga come un *a priori*, porta anche a far emergere una ulteriore conseguenza. Conseguenza che è qui di rilievo fondamentale: perché rispetto ad essa i poteri unilaterali delle amministrazioni di cui i provvedimenti sono esplicitazione, si presenteranno profondamente differenziati. Ossia: la particolare configurazione di tale capacità negoziale dei privati che tale ordinamento le imprime, si direbbe a mo' di corollario; che non può che essere come di una loro libertà; di una loro libertà almeno tendenziale. Anzitutto, nella definizione delle concrete clausole di contratti, sempre più numerosi, che l'ordinamento peraltro abbia già tipizzato, nel codice o in leggi speciali: come enuncia il comma 1 dell'art. 1322 c.c., significativamente rubricato con la locuzione «*Autonomia contrattuale*». Di contratti, cioè, di cui perciò l'ordinamento medesimo ha già scontato *a priori* la liceità, specialmente quella del loro fattore causale. Del resto, esso ordinamento statale molto spesso li ha tipizzati, non per così dire *motu proprio*: ma solo mediante una vera e propria ricezione di schemi contrattuali che i

privati medesimi avevano loro già ideato; avevano già delineato in modo originale nelle loro esperienze di esplicazione della loro autonoma capacità di contrattazione. Schemi che ora tale ordinamento propone, o ripropone solo. Ma sempre come semplici modelli che i privati possono utilizzare. Perché tuttora perdura la creatività della loro capacità negoziale; e, anzi, dà sempre maggiori prove della propria vitalità, in questi anni e decenni di trionfanti individualismo e capitalismo globalizzato — ormai accentuatamente finanziario —. E quei privati medesimi, allora, regolando appunto autonomamente i loro rapporti, possono pure inventare e adottare nuovi schemi contrattuali. È nella formulazione dello stesso art. 1322 c.c. già richiamato, ma ora al comma 2 — ed è in relazione a questo passo che la sua rubrica "Autonomia contrattuale", manifesta il massimo della sua significatività —, che il nostro ordinamento statutale ha espresso la sua apertura a questa autonomia medesima: «Le parti possono anche concludere contratti ...»; naturalmente: non tipizzati, o forse solo non ancora. Ed è una concessione di grande pregnanza, perché esplicita in sintesi la natura profonda e l'ampiezza del riconoscimento che esso ordinamento statutale ha assentito e assente alla naturale capacità negoziale che i privati hanno sempre mostrato di avere. Va sottolineato: pure in quel 1942 nel quale il codice civile entrò in vigore nella sua interezza. Cioè, in un regime politico che ci si limiterà a dire fosse più marcatamente statalista di quello che portò alla elaborazione della Costituzione del 1948; e all'enunciazione del comma 1 del suo art. 41: «L'iniziativa economica privata è libera» — per quanto anche l'art. IX della c.d. Carta del lavoro del 1927, predicasse il carattere solo sostitutivo dell'intervento pubblico nella produzione industriale, ad una iniziativa privata, quando questa si fosse rivelata insufficiente; a parte l'eventualità che siano in gioco interessi politici dello Stato —.

È con questi tratti che emerge il concetto di autonomia dei privati. Il suo fulcro è costituito dalla nozione di autonomia. Anzi: delle nozioni di autonomia. Da quelle, classiche, di Santi Romano, che la definiva originariamente: «... soggettivamente [come] la potestà

(di determinati soggetti) di darsi un ordinamento giuridico ...», e, poi, nel suo ultimo volume (*Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, *ad vocem*), con formula ulteriormente articolata, «... ed oggettivamente [come] il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri». E la qualificazione in senso soggettivo che caratterizza la nozione qui anzitutto rilevante — autonomia privata, o, meglio dei privati —, fa riferimento, anzitutto, ai loro interessi — economici ma certo non solo —, e alla rilevanza di questi; quindi, alla loro capacità naturale di provvedere alla cura di essi. Capacità che si fa negoziale, perché si traduce nella loro possibilità di pattuire o adottare contratti e altri negozi, con i quali possano regolare nel modo che ritengano preferibile rapporti che pertengono loro. Di cui determinano il contenuto, e di qui pure gli effetti: effetti *ex actu*. Cui l'ordinamento statutale attribuisce efficacia anche nel proprio ambito, riconoscendoli, e riconoscendo come tale anche questa loro matrice: che è opposta a quella degli effetti *ex lege* (cfr. gli scritti di Salv. Romano citati nella *Nota bibliografica*).

Ma, certo, li riconosce non illimitatamente. Va da sé, infatti, che l'ordinamento statutale esclude da tale suo riconoscimento quei negozi dei privati, i quali, pur costituendo esplicazione di quella loro naturale capacità negoziale, violino prescrizioni che quell'ordinamento stesso impone loro come limiti e vincoli che quel riconoscimento condiziona. Quei limiti e vincoli strutturali, di sostanza e di forma qui considerati — in particolare, quelli posti anzitutto con gli artt. 1325 c 1418, comma 2, c.c. —. E quelli ulteriori che ha formulato per scelte più prettamente politiche, in altre proprie norme comunque imperative. E l'ordinamento statutale, perfino nell'articolo del codice sopra richiamato, nel quale formula nel modo più ampio il riconoscimento che assente dell'autonomia privata anche quando elabori contratti che non avesse, o non avesse ancora tipizzato, vi pone un limite, anche questo generale: «... purché [essi] siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ...». L'ordina-

mento statutale così, vi definisce una norma di chiusura. Molto interessante, perché dà diretta rilevanza giuridica a valori: a valori che esso già abbia recepito, e di cui quindi si sia già fatto portatore; ma a valori l'esigenza del cui rispetto, peraltro, esso non abbia, o non abbia ancora canonizzato in specifiche disposizioni. E, per di più, tale ordinamento, riafferma la propria supremazia come originario e sovrano — ma chi segua la teoria istituzionale lo considera pur sempre solo uno tra gli infiniti che si pongano, e si auto-qualifichino di per sé anch'essi come originari e sovrani —. Si riafferma come fonte, quindi comunque di per sé indipendente, di valutazione di norme di altri ordinamenti — anche di quelli che così ugualmente si atteggiassero —; e di fatti ed atti anche da questi autonomamente regolati. Con la specificazione che questa meritevolezza di tutela va apprezzata «... secondo l'ordinamento giuridico»: quello che, in modo esclusivo, identifica in sé stesso.

La ricostruzione nei termini descritti, del rapporto nel quale l'ordinamento statutale si pone nei confronti della capacità negoziale dei privati, porta a impostare la nullità dei contratti e dei negozi che ne sono espressione, come radicata nei limiti che tale ordinamento traccia al riconoscimento di tale capacità negoziale. Al riconoscimento di essa, che pure tale ordinamento opera in linea di principio. E come conseguenza della violazione da parte di quei contratti e negozi, di norme che esso ordinamento definisca imperativamente. L'ordinamento statutale, dunque, configura tale nullità, come il suo rifiuto di riconoscimento di quei contratti e negozi, che perciò si presentano come civilmente illeciti — si può qui prescindere dalla possibilità che essi lo siano anche penalmente —. Come il suo rifiuto di riconoscimento della loro efficacia nel proprio ambito, quali che fossero o fossero stati gli effetti che tali contratti e negozi potessero o avessero potuto, e che continuassero comunque a produrre, in un loro più ristretto ambito originario; ambito che eventualmente si ritenesse configurabile di per sé come un diverso ordinamento: come si ritiene spesso possibile. È in questo senso — e, si deve aggiungere: non in assoluto, ma in riferimento al solo specifico ordinamento cui di volta in volta si volesse

attribuire rilevanza —, che va inteso il già citato brocardo: *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Si ribadisce: solo in riferimento al suo effetto tipico *ex actu*.

Comunque, si ripete, l'ordinamento statutale, almeno in linea di principio, delinea l'autonomia che riconosce ai privati come una loro libertà. E da questa configurazione che profila di essa, fa derivare una ulteriore conseguenza, del resto già accennata. Che però si riprende per la sua importanza: perché rispetto a questo suo tratto, ne corrisponderà in un certo senso un altro relativo ai poteri unilaterali di cui i provvedimenti costituiscono esercizio, e quindi a questi provvedimenti medesimi e alla loro nullità; un altro, che viceversa se ne differenzierà in modo assai significativo. Ossia: quell'ordinamento, sempre almeno in linea di principio, circoscrive *ex ante* la riconoscibilità di quella autonomia, soprattutto con limiti che sono solo generali, e per così dire solo esterni. Più precisamente, sono soprattutto gli «... elementi essenziali ...» di quegli atti negoziali privati, che quell'ordinamento, anche se li traduce in loro «... requisiti ...», li definisce solo in questi termini; cioè: non in positivo e in concreto. Perché, come si è già ricordato, le determinazioni in positivo e in concreto di essi, quell'ordinamento stesso, per tutto il resto, li riserva alle loro parti, e ai loro autori: alle esplicazioni che questi effettuino dell'autonomia privata che così riconosce loro. Perciò, quell'ordinamento sembra valutare la liceità degli atti negoziali stipulati da quei soggetti, almeno tendenzialmente soltanto in termini di sola compatibilità delle determinazioni concrete dei loro contenuti che essi hanno compiuto, con tali limiti solo generali ed esterni. Quindi, tale ordinamento può considerare la meritevolezza degli interessi che i loro autori hanno inteso perseguire con clausole originali di contratti di per sé tipici, o addirittura con fattori causali di contratti non (ancora) tipizzati, solo con valutazioni *ex post*. Quell'ordinamento, solo con queste valutazioni appunto *ex post* degli atti negoziali compiuti da quei privati, può accertare se essi, compiendo, hanno superato i limiti entro i quali ha assentito loro quella autonomia che così hanno inteso esercitare. Con quelle valutazioni

che in definitiva riserva ai suoi giudici e alle loro sentenze.

Ma è da questo punto di vista relativo ai contratti e ai negozi espressione dell'autonomia dei privati, che si divarica nettamente quello dal quale deve essere viceversa inquadrata la ricostruzione dei provvedimenti delle amministrazioni e delle loro invalidità. Almeno in un segmento. Peraltro, solo in un segmento. Perché sembra che le due prospettive, nei loro tratti conclusivi, possano poi condurre a esiti convergenti. Almeno, secondo quegli orientamenti generali che qui saranno i più condivisibili.

1.9. Che in quel segmento la prospettiva pubblicistica si divarichi da quella privatistica, deriva dalla ragione di fondo prima accennata: dalla diversità dei rapporti nel quale l'ordinamento si pone, rispettivamente, riguardo all'autonomia negoziale dei privati e ai poteri unilaterali delle amministrazioni; a quei poteri, nei quali consiste la matrice dei loro provvedimenti. Anche se è di questo medesimo ordinamento che non si potrà mai sottolineare abbastanza l'intrinseca unitarietà; in particolare, proprio riguardo a quei pur eterogenei rapporti.

Ed ora sembra opportuna qualche precisazione sui caratteri qui più rilevanti dell'ordinamento che detta gli assetti degli uni e degli altri. Evidentemente, è l'ordinamento delineato dalla vigente Costituzione italiana. È questo ordinamento, che va considerato nella sua unicità. Certamente, stupirà questa affermazione. Perché, infatti, è formulata nel corso di riflessioni la cui fondamentale base teorica è costituita dall'istituzionalismo; di riflessioni che chiaramente ne accettano il corollario della pluralità, della infinità degli ordinamenti giuridici. E perché queste riflessioni, per di più, riguardano quello specifico ordinamento, ad una epoca nella quale sono fortissime le pressioni su di esso, di tanti altri ordinamenti; da quello dell'Unione europea, a quelli trans-nazionali: pubblici, certo, ma anche privati, che perciò si radicano comunque solo in una loro effettività fattuale. E quando, infine, è la stessa sua Costituzione, che, agli artt. 2, 7, 10 e vari altri, riconosce

altri ordinamenti, altre entità giuridiche, come preesistenti e indipendenti da essa: alcuni, pure *nominatim*; altri, solo con riferimenti almeno potenziali.

Però, sembra che in questo panorama sconfinato di fattori di giuridicità, sia individuabile il *proprium* di ogni ordinamento: quello di porsi come fondamento di proprie qualificazioni giuridiche. Di qualificazioni giuridiche che siano proprie; e quindi, di essere capace di generarne una propria prospettiva. L'ordinamento che può essere identificato mediante il riferimento alla vigente Costituzione italiana, dunque, costituisce pur sempre un punto di vista dal quale derivano norme e istituti giuridici, e loro interpretazioni e ricostruzioni: malgrado che sia immerso in un oceano di altri ordinamenti, malgrado che ne subisca così incisive interferenze, che esso stesso ne riconosca l'esistenza, e che, in conclusione, ammetta esplicitamente la propria limitatezza. E sembra naturale che il suo punto di vista debba essere il primo a dover essere adottato per lo studio delle amministrazioni, dei loro poteri, dei provvedimenti che siano esplicazione, e della loro nullità, se tale studio si sviluppi sulla base delle norme che discendano del suo sistema delle fonti. È ovvia la necessità di valutazioni ulteriori: che tengano adeguato conto degli altri ordinamenti che vi interferiscano; che, però, non toglie a queste riflessioni, una loro relativa completezza.

Nello studio di tali materie, è un luogo comune della nostra cultura giuridica al riguardo, la distinzione del "pubblico" dal "privato". Ma è dal punto della nostra Costituzione, che sembra che si possa, che si debba sottolineare, dell'ordinamento che vi fa riferimento, l'intrinseca unitarietà, e quindi l'unicità: proprio per quel concerne quelle due sue componenti. Unitarietà, e, quindi, unicità, che con sicurezza gli derivano dall'unitario sistema delle fonti ordinanti. E, con rilevanza macroscopica, anzitutto dalla fonte legislativa, pur nelle sue articolazioni di cui agli artt. 70 e ss. Cost.: in questa prospettiva, non vi è nulla di giuridicamente più omogeneo al codice civile — preso come testo emblematico del diritto privato —, della legislazione che fonda il potere di espropriazione di

alcune amministrazioni — presa come testo emblematico, viceversa, dei poteri unilaterali di queste —. Ma, *rectius*, prima ancora che da tale fonte legislativa, l'unità e l'unicità di tale ordinamento gli deriva dagli unitari fattori istituzionali che ne costituiscono la sua struttura primigenia. Dalla quale struttura, tale sistema, e la stessa Costituzione, sono sì derivati; però, appunto, soltanto derivati.

È in questo quadro, che vanno collocate le amministrazioni, e i loro poteri unilaterali: accanto alle persone fisiche, e alle persone giuridiche privatistiche. Si può anche ammettere che tali amministrazioni e tali poteri siano soggetti e capacità particolare. Ma quel quadro è e rimane unitario: perché è di quel medesimo ordinamento che quelle amministrazioni e quei privati sono soggetti. È quel medesimo ordinamento, quello che istituisce o riconosce le une e le altre. E che di tutte regola i rapporti giuridici reciproci. Anzitutto, tra i soggetti privati. Ma non solo: anche i rapporti tra questi e quei soggetti pubblici — ed è evidente che sono questi altri rapporti che qui acquistano la massima rilevanza —. Tale ordinamento, di cui erano già emerse l'unitarietà, e, di qui, l'unicità, nel senso appena precisato, appare ora anche onnicomprensivo. Quindi, deve essere qualificato pure come generale.

È nel quadro di questo ordinamento così unitario e generale, che si deve prospettare la diversità del rapporto col quale si pone rispetto, da un lato, all'autonomia negoziale dei privati, e, dall'altro, ai poteri unilaterali delle amministrazioni. Perché la prima, come si è visto, la riconosce solo: la può, e la deve solo riconoscere. Mentre i secondi, per contro, li deve necessariamente costituire. Per la verità, tale ordinamento opera, deve operare del pari costitutivamente, già per quel che riguarda gli enti cui attribuisce poteri di amministrazione, e comunque investe di funzioni amministrative: anche di essi deve istituire la soggettività, e non può soltanto riconoscerla. Come viceversa fa per i soggetti di diritto privato; o, almeno, per le persone fisiche: per i soggetti che di tale diritto sono di base. Ma questo fondamento della costituzione dei soggetti di amministrazione, qui può essere solo accennato: ora è su quei loro poteri suddetti

che si deve concentrare l'attenzione. E sulla matrice dell'effetto costitutivo di essi: che, appunto, va individuata in quel medesimo ordinamento.

Questa maggiore rilevanza dell'intervento di questo ordinamento su quei poteri, è richiesta, se non altro, per quel loro carattere che una volta si definiva senza complessi come autoritario, e che oggi si potrebbe indicare come unilaterale. Con termine meno saliente, cioè, e, per così dire, di suono a molti forse meno sgradevole. Ma che in ogni caso precisa pur sempre con chiarezza la loro essenza e la loro specificità. La loro essenza, infatti, consiste nella loro possibilità di incidere appunto unilateralmente, su situazioni giuridiche altrui; e, in particolare, di produrre simili effetti su tali situazioni, senza il consenso dei relativi titolari. Ed è questa loro essenza che, nel quadro dell'ordinamento stesso, si fa anche loro specificità. Perché, certamente, l'ordinamento statale offre e largamente impone ai suoi soggetti, per i loro comportamenti giuridicamente rilevanti, una cornice che non può che essere istituzionale; quindi: di sicuro pubblicistica. Ma questi suoi soggetti che in quella cornice pur pubblicistica che delinea vivono e agiscono, nella stragrande maggioranza sono privati. Lo sono, è ovvio, anzitutto le persone fisiche; che, si ripete, sono i soggetti di base: perché è in funzioni di esse che si costituiscono le persone giuridiche private — e in un certo senso, anche quelle pubbliche; ed è con analoghe finalità che, in definitiva, si forma l'intero ordinamento medesimo —. Quando, nel nostro linguaggio tecnico, parliamo in termini astratti e algidi dei c.d. soggetti di diritto, collocando accanto alle persone fisiche quelle giuridiche — il riferimento, qui, è ancora solo a quelle private —, dovremmo sempre tenere conto dell'abissale minore rilevanza costituzionale, e non solo, che queste presentano rispetto a quelle: pallide loro imitazioni e indirette da loro derivazioni; pur se anch'esse tutt'altro che sprovviste di protezioni costituzionali. Pur se, poi, sono le persone giuridiche di diritto privato che costituiscono il più diffuso schema giuridico di coagulo di risorse economiche, e non solo: sono soprattutto esse che attraverso questa loro capacità di raccolta

e concentrazione di tali risorse, possono asurgere a influenze sociali anche enormi. Tanto da richiedere che l'ordinamento, a protezione anzitutto delle persone fisiche come soggetti deboli, provveda a interventi correttivi della normale parità delle parti nella libera attività negoziale — tra i tanti esempi che si potrebbero ricordare, sembra qui sufficiente richiamare la legislazione a tutela del consumatore, perché da sola già assai significativa —.

In ogni caso, alle persone fisiche si devono aggiungere tali persone giuridiche, per completare l'insieme dei soggetti privati. Che, allora, nel quadro dell'intero ordinamento, rafforzano la assoluta prevalenza di essi. E tutti questi soggetti privati sono formalmente paritari, almeno tendenzialmente — salve in particolare quelle differenze anche grandi della loro rilevanza fattuale, che si sono appena ricordate; con i conseguenti, ma anche solo eventuali interventi legislativi a loro compenso —. Sono portatori di interessi giuridicamente per il resto equipollenti, almeno in linea di principio. E per la parità almeno formale di tali soggetti privati, essi in tanto possono incidere su situazioni altrui con tali loro atti negoziali, solo in quanto i loro titolari, a quegli atti prestino il loro consenso: come elemento addirittura costitutivo di questi, nel caso dei contratti, e degli altri accordi che pur contratti in senso proprio non possano dirsi; oppure, almeno come condizione della efficacia di quei medesimi atti nei loro confronti. Quindi, dal principio della tendenziale parità di tali soggetti privati, consegue l'ulteriore principio della necessaria consensualità nel senso appena precisato, nella dinamica delle situazioni giuridiche; almeno, per quelle loro vicende che sono causate *ex actu*, e non *ex lege*. Conclusivamente, perciò, si deve notare che sono questi principi di parità e consensualità che, al riguardo, per l'assoluta prevalenza dei soggetti privati nell'ordinamento unitario e generale, sono quelli che vi sono dominanti.

È a questa stragrande maggioranza dei soggetti privati, che nella cornice pubblicistica istituita dall'ordinamento, si contrappongono pochi soggetti pubblici. Già questa relativa loro eccezionalità, richiederebbe anzitutto per la loro costituzione, quello specifico

intervento legislativo cui si è già accennato; con un accenno solo fuggevole, ma che qui non può che rimanere tale. Perché, come si è detto, quel che ora rileva maggiormente, sono i loro poteri. E l'unilateralità: di essi, e dei provvedimenti che ne costituiscono esplicazione. I quali, quindi, si sottraggono a quei principi di parità e consensualità, che, per contro, nell'intero ordinamento sono dominanti. Più esattamente: essi sono causa di dinamiche *ex actu* delle situazioni giuridiche sulle quali incidono, che a questi principi non sono subordinati; che anzi contraddicono. Nello sfondo, ovviamente, vi è il divario di livello e di spessore degli interessi di cui tali soggetti privati e di quelli pubblici sono portatori: nella cornice del medesimo ordinamento, alla tendenziale equipollenza giuridica, appunto, degli interessi individuali dei soggetti privati nei rapporti tra di loro reciproci, si contrappone la ben maggiore rilevanza nei loro confronti, degli interessi collettivi; di quelli che il medesimo ordinamento ha soggettivato negli enti pubblici. Maggiore rilevanza di tali interessi, che della pubblicità di questi enti costituiscono il fondamento. Maggiore rilevanza di tali interessi, che è la causa dell'attribuzione a questi enti, di poteri unilaterali che consentano loro di perseguirli più adeguatamente — attribuzione che sembra doversi ritenersi comunque necessaria e inevitabile, malgrado la forza della suggestione di un ipotizzabile, ed anzi di un già ipotizzato diritto amministrativo paritario —. Non vi è dubbio, peraltro, che, nella suddetta cornice dell'ordinamento, e riguardo ai principi di parità e consensualità che vi sono dominanti, siffatti poteri unilaterali attribuiti ai suoi soggetti pubblici, si pone come un elemento di deroga. Se non di rottura. Che, almeno, può essere così sentita dai cittadini che lo ritengono non giustificato da effettive esigenze della collettività. Salvo quando da altri, o dagli stessi in altri momenti o situazioni, venga avvertita una carenza di garanzie e di presenze pubbliche: come forse oggi comincia ad accadere più largamente.

Le cause che si sono prima accennate, nelle quali si radicano l'unitarietà e la generalità dell'ordinamento statuale, paiono troppo cogenti perché, malgrado questa distonia di

quei soggetti che esso qualifica pubblici, e dei loro poteri unilaterali che esso attribuisce loro, di quei suoi caratteri si possa dubitare; e, di qui, anche della sua unicità nel senso precisato. Tuttavia, tale distonia dei poteri unilaterali attribuiti alle amministrazioni, rispetto ai principi di parità e consensualità che pure vi sono dominanti, comporta due conseguenze obbligate. Ed entrambe appaiono assai rilevanti per la ricostruzione di quei poteri stessi, dei provvedimenti che ne sono esplicazione, e della loro nullità.

Anzitutto, l'introduzione di tali poteri unilaterali nel suddetto ordinamento generale e unitario, richiede inevitabilmente un intervento legislativo che sia specifico. In tutta la nostra storia degli sviluppi delle protezioni sostanziali e delle tutele giurisdizionali dell'individuo, dall'Allegato E, e, prima ancora, dallo Statuto Albertino da cui questo deriva, in poi, fino alla nostra vigente Costituzione è percepibile una linea di sviluppo tendenzialmente sempre più accentuata, pur se con periodiche inversioni di tendenza — e qui, per brevità, si prescinde dalle ulteriori acquisizioni derivanti dalla Convenzione e dalla Corte dei diritti dell'Uomo, come di altre istituzioni e ordinamenti trans-nazionali —. Ossia, i nostri assetti costituzionali hanno richiesto in modo progressivamente più stringente, la riserva ad una legge del necessario fondamento dei poteri e dei provvedimenti amministrativi unilaterali. E, cioè, quello specifico intervento legislativo, che viene a concretare una *attribuzione* di quei poteri medesimi. E che, perciò, è ben lontano dal mero riconoscimento di entità a tale ordinamento unitario e generale preesistenti, e quindi da tale ordinamento indipendenti. Perché, consistendo in tale *attribuzione* di essi poteri, non può che averne un carattere appunto costitutivo.

E, inoltre, e conseguentemente, quel legislatore, la definizione de «... *gli elementi essenziali* ...» dei provvedimenti di cui a quell'art. 21 *septies* col quale ha tentato di disciplinarne la nullità, non può non anticiparla a tale attribuzione; pur se tale articolo, si ricorda, li riferisce viceversa ai provvedimenti che siano di quei poteri solo la successiva esplicazione. E tanto più se tali «... *elementi essenziali* ...» vengono essere intesi — come lo do-

vrebbero —, alla stregua di quei «... *requisiti* ...», che l'art. 1325, e di lì l'art. 1418 c.c., riferiscono ai contratti e ai negozi; i quali sono espressione, peraltro, della viceversa solo riconosciuta autonomia privata.

1.10. Neppure sullo stretto piano della logica, infatti, quel legislatore può formulare l'attribuzione di poteri unilaterali che dispone a favore di soggetti di amministrazione, senza la precisazione anche dei loro «... *elementi essenziali* ...». Precisazione, quindi, che non può che essere contestuale. Precisazione di elementi essenziali, perciò, che emergono come tali non solo per i provvedimenti che di quei poteri costituiscono esplicazione; ma che si rivelano con rilevanza analoga, ed anzi più marcata, già per l'attribuzione di questi. Quel medesimo legislatore, infatti, li deve ineludibilmente definire, per poterla perfezionare. Ben si sa, del resto, che «*inclusio unius est exclusio alterius*». Così che dalla definizione di ciascuno di quegli «*elementi essenziali*», derivano necessariamente conseguenti e solite alternative di inclusione/esclusione.

Perché quel legislatore non può attribuire un potere unilaterale, senza individuare le strutture soggettivate cui lo attribuisce. Per intere categorie: i comuni, per esempio; ma, allora, sorgerebbe il successivo problema della individuazione, di solito in base a criteri generali e astratti, di quale sia tra tali soggetti, nell'ambito di tali categorie, quello cui di volta in volta ne spetti la titolarità. O *nominatim*: un singolo ente, di solito non territoriale, ecc. Con esclusione, quindi, di tutti gli altri soggetti pubblici dell'ordinamento; oltre che, ovviamente, di quelli privati — tranne che per investiture che, però, non imprimono fini istituzionali del soggetto stesso, ma devono essere di tipo concessorio —.

Perché quel legislatore non può attribuire un potere unilaterale, senza circoscriverne l'oggetto. Per esempio, solo beni immobili — salvo diverse disposizioni speciali —, per il potere espropriativo. L'intero territorio, almeno potenzialmente, e poi più concretamente sue porzioni, per i poteri in materia di urbanistica ed edilizia. I soli beni culturali e paesaggistici, per i poteri che sono deputati alla loro

tutela. Determinate attività dei privati per i poteri delle categorie di quelli autorizzatori o concessori: la cui attribuzione ad un soggetto pubblico già di per sé preclude ad essi di poterle esplicare senza una qualche forma di consenso amministrativo. Magari solo tacito, e nei limiti nei quali almeno il c.d. silenzio-assenso sia tutt'ora richiesto per scelta interna. Quando non sopravvengano interventi europei che siano più esigenti: che si oppongano alla nostra progressiva riduzione di una azione amministrativa per provvedimenti di tipo soprattutto autorizzatorio, espliciti, preventivi e motivati, e basati su una adeguata istruttoria; e contrastino il nostro graduale annientamento della stessa effettiva capacità delle amministrazioni di realizzarla con questi requisiti. E quel legislatore deve intervenire costitutivamente, anche per i poteri di segno viceversa opposto: come quelli inibitori di tale loro esplicazione, e sanzionatori di loro abusi —, ecc. Con esclusione, quindi, di ogni altro oggetto, e con la conseguente implicazione che ogni altra attività privata rimarrebbe libera, o diventerebbe liberalizzata.

Perché quel legislatore non può attribuire un potere unilaterale, senza delimitarne il contenuto; e, di qui, senza specificare l'effetto giuridico tipico che il soggetto cui questo potere è attribuito, potrà ottenere esercitandolo. E, cioè, emanando il conseguente provvedimento. Per esempio, per il potere di espropriazione, il trasferimento del diritto di proprietà su un bene da un vecchio ad un nuovo proprietario, o comunque ad un nuovo titolare; eventualmente, con modificazioni in senso pubblicistico del regime giuridico cui quel bene medesimo in precedenza era sottoposto. Per i poteri di tipo autorizzatorio e concessorio, la concretizzazione della possibilità del privato istante, della effettiva possibilità di esplicazione di una data attività che rimanesse, o anche che in controtendenza diventasse, amministrativamente condizionata, per così dire in senso generico — o la perdurante inibizione allo svolgimento di essa —. L'infrazione di una sanzione pecuniaria; ecc. Con esclusione, quindi, di ogni altro contenuto ed effetto.

Anche le argomentazioni logiche fin qui delineate, sboccano così su tratti comunemente predicati per i provvedimenti: la loro

tipicità e nominatività. Ma, attraverso il percorso logico particolare qui prospettato, ora emerge con maggiore chiarezza che essi devono venire necessariamente anticipati ai poteri di cui costituiscono esercizio. Perché, appunto, l'ordinamento, e in concreto il legislatore, anzitutto li attribuiscono specificamente; e viceversa non li riconoscono generalmente, sia pure non illimitatamente, come viceversa riconoscono ai privati la loro autonomia. Perciò, poiché tale legislatore, tale ordinamento quei poteri, appunto, li attribuiscono, è già nella attribuzione che di questi essi operino, che devono definire i tratti che li individuano. I quali tratti, a loro volta riflettendosi, attraverso i poteri attribuiti, nei provvedimenti che di questi siano esercizio, si traducono negli «... *elementi essenziali* ...», nei «... *requisiti* ...» di questi. Ma vi si riflettono solo. Meglio: vi si dovrebbero riflettere.

1.11. Per queste ragioni, come si è già detto, sicuramente vi è qui una divaricazione della ricostruzione dell'agire giuridico delle amministrazioni mediante l'esercizio dei poteri unilaterali che l'ordinamento unitario e generale avesse attribuito loro — ossia: mediante provvedimenti —, rispetto alla ricostruzione dell'agire giuridico dei soggetti privati mediante l'esplicazione della naturale capacità negoziale che il medesimo ordinamento unitario viceversa soltanto riconosce loro — ossia, per contratti e per altri atti negoziali —. Ma questa divaricazione, come si è anche anticipato, riguarda soltanto un segmento delle due prospettive, quella pubblica e quella privata; superato il quale esse tendono a riaccostarsi.

La prospettiva nella quale pare che debba inquadrarsi la nullità dei contratti e degli altri negozi dei privati, era stata prima delineata a partire dai concetti di una naturale capacità negoziale di questi; quindi, di una loro naturale capacità giuridica di costruirsi un loro diritto: il diritto dei privati; del riconoscimento di essa da parte dell'ordinamento statale — più specificamente, da parte del diritto privato di questo ordinamento —; dei limiti che questo diritto privato pone a tale riconoscimento; del superamento da parte di tali atti negoziali di tali limiti; della nullità di

questi atti come conseguenza, in linea di principio obbligata, del superamento da parte di essi di quei limiti medesimi; della risoluzione di questa loro nullità, in un rifiuto di riconoscimento dei loro effetti tipici da parte di quell'ordinamento statale; effetti tipici che, però, potrebbero rimanere salvi in altri ordinamenti, o almeno in altri ambiti che non arrivassero a concretarsi come tali, perché comunque non vi sono sottoposti di per sé al diritto privato dello Stato, ma sono espressione libera e naturale del diritto dei privati medesimi: cioè, effetti tipici che venissero considerati solo in quei medesimi ambiti; nel senso: indipendentemente da quel diritto privato statale.

Sembra che tutti questi passaggi, fino a questa definizione di questo rifiuto, anche per la individuazione delle cause della nullità dei provvedimenti, e per la ricostruzione dei tratti di questa, siano delineabili come analoghi o quanto meno come simmetrici; e sia pure con diverse modulazioni. A partire da una nozione di una autonomia amministrativa, riferita talvolta alle singole amministrazioni, e talaltra ad una amministrazione considerata come istituzione complessiva che tutte le ricomprenda. Al cui ambito siano anzitutto riconducibili tutti i loro poteri pubblicistici: quelli provvedimentali — l'italiano è pessimo, ma l'aggettivo è sintetico, e il suo significato è già chiaro —, che di quella autonomia sembrano costituire il maggior contenuto, e che qui sono più rilevanti; ma pure quelli normativi: statutari e ancor più frequentemente regolamentari. E anche quella loro capacità negoziale privatistica che con quei poteri pubblicistici si combina: con combinazioni per alternatività, o, sempre più spesso, per complementarità — sia pure in modi e misure varie, sulle quali, peraltro, di nuovo qui non ci si può soffermare —; quella capacità negoziale di diritto comune, cioè, che a quelle medesime amministrazioni sempre più largamente nel nostro ordinamento viene riconosciuta: per interventi legislativi, casistica giurisprudenziale, elaborazioni dottrinali e, soprattutto, per evoluzioni di fondo in senso privatistico della nostra cultura del diritto pubblico, che di tutte queste conseguenze sono la vera matrice. Comunque, per

quel che concerne il tema specifico qui considerato — la nullità dei provvedimenti —, sembra essere ormai ben più consistente di una mera ipotesi di lavoro, che questa loro nullità possa colpire quel provvedimento non conforme ad una delle tante norme alla cui disciplina è sottoposto, solo se essa abbia una particolare rilevanza per così dire ontologica: se essa delimiti l'autonomia del soggetto di amministrazione che lo ha emanato; perché se quella medesima norma fosse una di quelle la garanzia del cui rispetto spettasse al giudice amministrativo della legittimità, quel provvedimento non potrebbe essere che solamente annullabile.

La ricostruzione di una nozione così ampia di autonomia amministrativa darebbe più largo respiro al quadro generale che si è cercato di rappresentare. In particolare, consentirebbe maggiori approfondimenti sui caratteri delle norme la garanzia della cui osservanza è affidata al giudice amministrativo della legittimità. E, cioè, oltre ai dati che già sono emersi, e a quelli che già qui ancora possano ancora emergere: il dato — fondato su solide basi di diritto positivo —, che la loro violazione da parte dei provvedimenti ne può provocare la sola annullabilità, e mai la radicale nullità; e il dato — a sostegno del quale si aggiungerebbero alcuni brevi rilievi —, che tali norme, infatti, non sono di delimitazione di quella autonomia.

Tuttavia, questo saggio è specificamente dedicato alla nullità dei provvedimenti; e, allora, per non estenderlo troppo, è preferibile rinviare questa ricostruzione ad altro studio. Infatti, a quel più circoscritto fine, la definizione di quella nozione generale di autonomia può essere surrogata per il momento, dalla delimitazione di ciascuno dei poteri attribuiti dall'ordinamento unitario e generale, alle amministrazioni che ne sono i soggetti pubblicistici: dei poteri col cui esercizio esse possono adottare provvedimenti. Perché, da un lato, tali poteri in quella autonomia sono già compresi: per di più, ne paiono costituire le componenti più diffuse; con la conseguenza che i limiti di essa autonomia non possono non perimetrare, *a fortiori*, anche l'area massima di questi poteri. E, dall'altro, perché, per il raffronto con quei tratti dell'autonomia dei privati e della nullità degli atti negoziali

che ne sono espressione, questi poteri paiono costituire già sufficiente termine di paragone; di un paragone, anzi, che pare poter portare a esiti più incisivi.

Perché vi è un dato che a tal fine pare decisivo. E che è già stato chiaramente acquisito: il dato che consiste nella esigenza che quegli elementi essenziali – gli elementi che tanto il lessico da noi comunemente usato al riguardo, quanto l'art. 21 septies riferiscono al provvedimento –, viceversa siano determinati costitutivamente dall'ordinamento in un momento logicamente antecedente. Ossia, già con l'attribuzione che esso opera ad un soggetto di amministrazione, del potere unilaterale di cui il provvedimento medesimo sarà esplicazione: già contestualmente con tale attribuzione. Quindi, con l'ovvia implicazione che quegli elementi siano essenziali già per il potere stesso: siano suoi elementi costitutivi. E il medesimo collegamento a quel potere e alla sua perimetrazione, vale anche, evidentemente, per quelle altre disposizioni che del pari lo delimitano ulteriormente: quelle altre disposizioni, peraltro, che concretano scelte legislative più prettamente politiche.

Già queste sole basi, allora, paiono sufficienti per la prosecuzione del ragionamento. Anzi: benché tali basi siano più ristrette della accennata nozione di autonomia amministrativa, su di esse diventano più lineari, e addirittura intuitivi, tutta una serie di passaggi e di nozioni. L'idea del provvedimento i cui concreti elementi essenziali non corrispondano a quelli predeterminati dall'ordinamento nell'attribuzione del potere di cui esso pur pretenda di essere espressione: perché è adottato da un soggetto di amministrazione diverso da quello cui l'ordinamento lo ha attribuito, o ha un oggetto e un contenuto diversi da quelli ivi ugualmente definiti, ecc.; evidentemente, nel senso che supera i limiti di quel potere medesimo. L'idea che l'ordinamento che ha attribuito ad una amministrazione quel potere, non possa che qualificare come radicalmente nullo un provvedimento che supera il limite del potere stesso: che, per quell'ordinamento medesimo, è l'insostituibile fondamento della sua legittimazione giuridica. L'idea che l'ordinamento che così qualifica un provvedimento, non possa che rifiu-

tare il riconoscimento del suo carattere negoziale, e, quindi, dell'effetto tipico di cui altrimenti sarebbe stata matrice. L'idea che l'ordinamento possa viceversa riconoscere il carattere negoziale e l'effetto tipico di un provvedimento che non superasse i limiti del potere di cui sia espressione, perfino se, per altro verso, fosse comunemente invalido: cioè, perché fosse – solo – annullabile; in quanto – solo – illegittimo. L'idea, almeno qui conclusiva, che la nullità del provvedimento può discendere dalla violazione da parte sua solo di alcune delle norme che disciplinano cogentemente l'azione della amministrazione per provvedimenti: solo delle norme che definiscono il potere di cui il provvedimento medesimo sia esercizio; e definendolo, lo delimitano. L'idea, appunto, che la violazione da parte del provvedimento, delle norme che costituiscano i parametri delle decisioni del giudice amministrativo della legittimità, ne possa causare la sua sola annullabilità; e questa attenuazione della forma della sua invalidità, può diventare comprensibile solo alla luce della considerazione che quelle norme svolgono un ruolo minore, e di una rilevanza a sua volta altrettanto attenuata: che tali norme non delimitano, non possono delimitare quel potere medesimo.

Vi è un primo rilievo da accennare al riguardo: tali norme regolano alternative di azioni per provvedimenti dei soggetti di amministrazione, che sono già comprese nell'area dei poteri dai quali quei provvedimenti stessi emanano. Si possono riprendere le due precedenti esemplificazioni di loro possibili oggetti. Anzitutto, l'articolazione per organi a rilevanza esterna, e i relativi riparti di competenza – ovviamente, solo relativa –: perché è lampante che questa articolazione, questi riparti si collocano, si debbano collocare all'interno della personalità giuridica di quei soggetti, e della titolarità da parte di questi, dei poteri loro attribuiti. Inoltre, la proceduralizzazione dell'azione per provvedimenti di questi soggetti medesimi: perché è altrettanto lampante che le norme che la regolano, presuppongano l'attribuzione del potere che dovrà poi essere esercitato mediante il prescritto procedimento; e che sono quindi condizionate dalla definizione dei suoi ele-

menti essenziali nonché da altri suoi limiti legislativamente imposti, e, quindi, dalla sua ampiezza che conseguentemente ne risulta.

E, a rincalzo, vi è una ulteriore considerazione da addurre: molte volte, tali norme sono poste da amministrazioni. Sono norme che le amministrazioni stesso talvolta possono esprimere in loro statuti e regolamenti: sono esplicazione di loro poteri naturalmente diversi da quelli provvedimentali – sono normativi –; ma che, come tali, appartengono comunque alla loro autonomia. Il dato di diritto positivo più significativo al riguardo, è l'ennesimo comma del riformato art. 117 Cost.: «I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite». Questo comma si riferisce alla disciplina dell'organizzazione di tali enti, e, intuitivamente, soprattutto alla scansione procedimentale della loro attività: e l'una e l'altra sono già emersi come oggetti topici delle regole che dei poteri provvedimentali riguardano il loro solo esercizio; non per nulla, infatti, sono quelli che sono stati richiamati nelle precedenti esemplificazioni in proposito. Tale comma, allora, sembra enunciare il principio che le amministrazioni cui sono attribuiti dall'ordinamento poteri siffatti, possono anche disciplinare quel loro esercizio. Tale comma è letteralmente applicabile sono agli enti territoriali che enumera. E, perciò, lo si può benissimo intendere solo come una norma di riparto di competenze normative tra leggi e regolamenti statali e regionali, e statuti e regolamenti di quegli enti medesimi. Ma pare che coglierebbe maggiormente la natura delle cose, chi vi vedesse l'espressione di un principio più generale, che potrebbe anche essere riferito, almeno tendenzialmente, a tutti i soggetti di amministrazione cui l'ordinamento attribuisce poteri provvedimentali; principio che, come tale, possiederebbe intrinsecamente una certa propria forza espansiva.

Comunque, sembra che sia la distinzione prospettata tra norme di diversa natura che disciplinano, perciò in quel vario modo, l'azione delle amministrazioni per provvedimenti – la distinzione tra quelle che definiscono i poteri di cui questi siano espressione, e quelle

che all'interno del perimetro di questi loro poteri ne regolino solo l'esercizio –, la base concettuale per i diversi gradi di loro invalidità quando non vi si conformino: radicale nullità e loro sola annullabilità. Però, questa conclusione era stata proposta in relazione ad una precisa specificazione: la nullità dei provvedimenti come derivante da una incoerenza nel senso accennato, dei loro concreti contenuti così come siano stati determinati caso per caso dagli organi emananti, con i corrispondenti requisiti essenziali che l'ordinamento ha impresso ai poteri di cui siano stati espressione, e con il rispetto delle altre loro delimitazioni inderogabili per scelta politica del legislatore; elementi essenziali e limitazioni ulteriori da considerare contestualmente, in una ricostruzione unitaria di quei poteri stessi, come oggettivamente appaiano essere stati attribuiti. Ciò che porta pianamente a qualificare il provvedimento nullo, come provvedimento «in carenza di potere».

1.12. Non si può certo dire che questa figura sia ignota nella nostra letteratura: né come concetto, né come denominazione. Ma è un fatto che per un lungo periodo è stata lasciata in un cono d'ombra. Nello sfondo, si intravede il dibattito, e lo scontro di tendenze sulle linee di evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa; segnatamente, del dualismo di giurisdizioni che lo caratterizza, e sui conseguenti e oscillanti criteri di riparto. Secondo le ben note alternative: un'espansione della indipendente giurisdizione amministrativa portato fino allo svuotamento almeno parziale – ma che secondo alcuni avrebbe potuto essere anche totale –, della misura di giurisdizione che, fin dal 1865, è stata attribuita ai giudici civili nei confronti delle amministrazioni. O, viceversa, l'assorbimento di essa in un sistema più unitario e tendenzialmente unico di giurisdizione; che, ovviamente, in quanto tale, verrebbe egemonizzato viceversa da quella ordinaria.

La prima tendenza si è largamente concretata ad opera del legislatore: attraverso uno strisciante, progressivo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva; ampliamento che, iniziato negli anni '60 del se-

colo scorso, ha raggiunto le sue linee più avanzate in base alla legislazione del 1997-98, e fino alla sentenza della Corte cost. n. 204/2004 – che, notoriamente, le ha posto un arresto, anche se temporaneo –. Ma in questa tendenza avente anzitutto tale matrice legislativa, hanno finito col convergere alcuni orientamenti della cultura del nostro diritto pubblico; e alcune concettualizzazioni dottrinali, peraltro attente soprattutto alla giurisprudenza della Cassazione come giudice delle giurisdizioni: che, perciò, per questi sviluppi tanto legislativi che culturali e giurisprudenziali, potevano atteggiarsi come ricostruttrici dell'intero sistema di giustizia amministrativa, nelle linee nelle quali si era effettivamente e progressivamente inverteo, assertivamente lontane da quelle delle originarie formule della legislazione del 1865 e del 1889. E la più conosciuta e più autorevole di esse è la c.d. teoria della degradazione – s'intende: della degradazione del diritto soggettivo pieno a mero interesse legittimo, conseguente all'adozione da parte di una amministrazione di un provvedimento che ne disponesse –. Teoria che è stata formulata con alcune varianti; ma che, nelle espressioni più estreme, in pratica portava alla tendenziale esclusione della persistenza di un diritto soggettivo pieno in presenza di un provvedimento che vi incidesse. Conduceva alla tesi, cioè, della eliminazione di tale diritto, quando quel provvedimento fosse stato adottato; e, di qui, alla conseguente esclusione della giurisdizione del giudice civile, a protezione del precedente titolare di quel diritto stesso: perché questo titolare poteva chiedere tutela, ormai, solo di un interesse legittimo; e per ottenerla, non poteva che rivolgersi alla giurisdizione del giudice amministrativo. E questo esito era correlato – finalizzato o conseguente che fosse –, ad una contestuale riduzione ai minimi termini della nozione di nullità del provvedimento, e alla emarginazione di quella figura di carenza di potere, che di questa sua nullità è la rappresentazione più specifica; perché è evidente che, se *Quod nullum est, nullum producit effectum*, quel provvedimento, ove fosse da considerarsi nullo, non avrebbe potuto produrre quell'effetto degradante. E, in particolare, che se il provve-

imento qualificato come così radicalmente invalido avesse preteso di incidere su un diritto soggettivo, non avrebbe potuto produrre quella disposizione, o sottrazione, o limitazione o pregiudizio che avrebbe costituito il suo effetto tipico: tale diritto sarebbe rimasto al suo proprietario, gli sarebbe rimasto intatto nella sua interezza, e la tutela giurisdizionale che avesse chiesto non avrebbe potuto sfuggire alla giurisdizione civile.

La valorizzazione della nullità del provvedimento, *sub specie* di provvedimento in carenza di potere, appare più aderente alla natura delle cose; e anche ad una giurisprudenza della Cassazione di quegli stessi decenni, che, in realtà non sembra che sia stata così rinunciataria come la si voleva, rispetto al ruolo da riservare al giudice civile. Inoltre, questa valorizzazione appare più conforme anche a quello che è ormai il dato di diritto positivo. L'art. 22 *septies*, col quale il legislatore ha preteso di disciplinare la materia, appare sì criticabile per le sue incompletezza e a-sistematicità; e, infatti, perciò ne è stata prima criticata la formulazione. Ma non se ne può disconoscere quell'aspetto della sua portata normativa che si è subito sottolineato, e che subito è sembrato il più rilevante: la conferma *per tabulas*, che la nullità del provvedimento sia una categoria della sua invalidità altrettanto generale della sua annullabilità. E, inoltre: sono sicuramente eterogenei i termini che il legislatore ha impiegato nell'articolo per tentare di specificarne le cause – mancanza nel provvedimento stesso di elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione del soggetto di amministrazione che lo ha emesso; oltretutto espressione, questa, alquanto polisensa nel linguaggio della nostra letteratura e della nostra giurisprudenza –. Ma una loro ricomprensione in una nozione generale di provvedimento in carenza di potere – che parrebbe possibile, anche se non pianamente –, consentirebbe comunque una loro riconduzione a sistema: come si è tentato di delineare. E, soprattutto, quei termini usati legislativamente per rappresentare quelle cause, per quanto chiaramente slegati, ne indicano comunque una consistente ampiezza: una estensione, che assolutamente non è comprimibile dell'angusto spazio che solo le concede-

rebbe quella loro marginalizzazione operata dalla teoria della degradazione, *et similia*.

E questa valorizzazione della nullità del provvedimento, e, quindi, della giurisdizione civile a tutela del titolare del diritto sul quale esso avesse preteso di incidere, è anche più coerente con l'andamento effettivo dei dibattiti sulle possibili evoluzioni del nostro sistema duale di giustizia amministrativa. Si erano prima richiamate le due tendenze che si contrastavano – a favore di un ampliamento della giurisdizione amministrativa, con conseguente svuotamento di quella civile nei confronti delle amministrazioni, o la ricomprensione in qualche forma della prima in una giurisdizione unitaria che comunque sarebbe egemonizzata dalla seconda. E le si erano richiamate, mettendole sullo stesso piano. Ma la loro rilevanza, per contro, è stata, e ben di più lo è ora, del tutto disuguale. L'orientamento a favore dell'espansione di una giurisdizione amministrativa – separata, cioè speciale –, è stata sì vivamente promossa dal legislatore, e fortemente sostenuta da giurisprudenza e da letteratura, e soprattutto da cultura e da autorevoli teorizzazioni; ma solo in tempi relativamente concentrati: in alcuni decenni della seconda metà del secolo scorso, con una propaggine di alcuni anni di questo attuale. Mentre l'opposto orientamento tendente ad un assorbimento di essa in un sistema unitario di giurisdizione – cioè la sua riduzione a giurisdizione meramente specializzata –, è un filo rosso che è stato sempre presente nella storia di questo nostro problema: quel che è stato quasi sempre in giuoco, è stato il mantenimento della giurisdizione del giudice amministrativo, non di quella del giudice civile; anche se poi essa è riuscita sempre a sopravvivere – fortunatamente, anche se talvolta fortunosamente –.

Questo filo rosso, dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, è già presente dei dibattiti che si erano sviluppati negli anni precedenti la prima legge di riforma dell'innovazione del 1889: la legge del 1907; che, al contrario, la ha rafforzata, confermandone esplicitamente il carattere giurisdizionale delle funzioni di quella Sezione IV, e, allora, anche della neo istituita Sezione V – e ha troncato così a favore della Cassazione roma-

na una disputa che vedeva sul fronte opposto personaggi come Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano –. È rimasto presente nei lavori della Commissione Luzzatti (Luigi), che iniziò i suoi lavori nel 1910; anche se li concluse sul punto, a favore di un mantenimento degli istituti considerati allora ancor troppo giovani per aver potuto dimostrare tutte le loro effettive potenzialità, per dar loro tempo di manifestarle. Ha dominato i lavori dell'Assemblea Costituente costituita con le elezioni del 2 giugno del 1947, e che concluse i suoi lavori alla fine dell'anno dopo, dove erano apparse nettamente prevalenti le voci a favore della soppressione della giurisdizione amministrativa – basterà ricordare un personaggio dell'importanza di Calamandrei, come fautore della giurisdizione unica –; anche se poi sopravvisse nelle sue ultime sedute – pure nella sua componente veramente distonica che è quella esclusiva –, per la difesa che il Consiglio di Stato nei decenni precedenti fece dello Stato di diritto. Della sopravvivenza della giurisdizione amministrativa si discusse di nuovo nella Commissione bicamerale di riforma della Costituzione istituita nel 1997; anche se il giudice amministrativo si salvò di nuovo con i caratteri con i quali lo conosciamo, forse solo perché tale Commissione si sciolse senza concludere in un qualche modo i suoi lavori. E, certo, il clima attualmente dominante, soprattutto in ambienti politici e più vicini alla politica, nonché in alcuni rilevanti orientamenti accademici, non è favore del mantenimento della giurisdizione amministrativa; non, almeno, con quella separatezza strutturale e indipendenza rispetto al sistema di giurisdizione ordinaria, che abbiamo finora sempre riconosciuto. Tanto più che in questi stessi anni, la Cassazione, in varie sentenze, quasi aggressivamente si è mostrata tesa a ridurre, pur a Costituzione e legislazione vigente, il ruolo di quelli che ancor oggi sono i tradizionali giudici amministrativi; soprattutto con l'utilizzazione di un ricorso «... per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (come recita l'ultimo comma dell'ormai stracchiato art. 111 Cost.), che questa stessa Corte ha ricostruttivamente molto gonfiato; in una misura che solo eufemisticamente si potrebbe dire assai discutibile.

Si vorrebbe che si potesse dedurre una qualche considerazione anche in ordine a questi problemi, da queste riflessioni sulla nullità dei provvedimenti – in contrapposizione alla loro sola annullabilità – e nel quadro generale della diversità delle norme *hic et inde* violate. E si spererebbe che tale considerazioni potessero costituire un piccolo contributo a favore del mantenimento dell'attuale dualismo strutturale del nostro sistema di giustizia amministrativa. Naturalmente, purché le regole del relativo riparto portassero ad assetti complessivamente equilibrati. Tra un giudice civile che per lo meno dalla metà del secolo scorso avesse gradualmente, ma definitivamente superato quelle remore nei confronti dell'amministrazione e dei suoi poteri unilaterali, che alla fine dell'800 gli aveva meritato le rampogne così aspre di Vittorio Emanuele Orlando. E un giudice amministrativo che dagli stessi anni avesse così affinato il sindacato sulla legittimità dei provvedimenti, sviluppato la tutela degli interessi individuali lesi dai dinieghi e i silenzi delle amministrazioni, e irrobustito tanto i propri poteri decisori, oltre che quelli cautelari, e a garanzia dell'effettiva ottemperanza al giudicato.

Nell'oscillare del pendolo tra espansione e regressione, alternativamente della giurisdizione civile e di quella amministrativa, il punto di equilibrio più aderente alla natura delle cose, sembra essere quello rappresentato da una sentenza che le Sezioni Unite della Cassazione hanno emanato alla metà del secolo scorso, e della quale fortunatamente non se ne è ancora perso il ricordo. È la sentenza 4 luglio 1949, n. 1657, estesa direttamente dallo stesso Primo Presidente di allora della Corte, Andrea Ferrara, focalizzata sulla contrapposizione che nei decenni successivi ha dominato la giurisprudenza sul riparto di giurisdizioni; la contrapposizione tra la contestazione della stessa esistenza del potere di cui sia stata espressione il provvedimento su cui vi è controversia; e la contestazione della sola illegittimità del suo esercizio; la cui limitazione in questi termini presuppone che quel medesimo potere sia stato effettivamente attribuito al soggetto di amministrazione emanante il provvedimento, e che questo non ne abbia oltrepassato i confini.

Questo criterio generale di riparto pare

assai apprezzabile, anzitutto per il panorama complessivo che delinea: perché al suo centro pone il potere dell'amministrazione. Quel potere che è realmente il fattore determinante anche della definizione degli altri due maggiormente rilevanti: delle due situazioni individuali che vi sono connesse. Del diritto soggettivo, che l'ordinamento correla a quel potere sul suo stesso piano, in un rapporto di reciproca esclusione. E dell'interesse legittimo, che, in quanto protetto da norme di minore rilievo rispetto a quelle di attribuzione e di delimitazione del potere, a questo è inevitabilmente subordinato.

E, per un altro verso, è un criterio che giustamente porta ad una precisazione del significato di una locuzione spesso richiamata per definire la giurisdizione amministrativa della legittimità, nella sua contrapposizione a quella civile: quella secondo la quale il giudice amministrativo che la esplica è il giudice della funzione amministrativa. Locuzione che esprime sicuramente molto di vero; ma che, presa alla lettera, appare concedere troppo a quel giudice. Perché certamente è esatto che esso è tale, rispetto al modo col quale le amministrazioni esercitano i poteri che l'ordinamento generale ha attribuito loro. Ma che non è assolutamente condivisibile, se venisse intesa nel senso che tale giudice della funzione, lo fosse anche del rispetto da parte delle amministrazioni dei limiti con i quali quell'ordinamento, perché la potessero spiegarla, ha attribuito loro quei poteri: perché questo ruolo non può essere sottratto al giudice civile. Risulta evidente, allora, quale sia il dato che nel sistema, appare veramente distonico: la giurisdizione amministrativa esclusiva; o per lo meno la sua eccessiva ampiezza. Quella che Corte cost. n. 204/2004 ha cercato di contenere. Ma, per la verità, con un successo troppo limitato rispetto alla rilevanza della distorsione che arreca al sistema stesso. Perché ne altera gravemente l'architettura.

Comunque, a proposito della nullità dei provvedimenti, e di quella carenza di potere che la causa, qui è sufficiente aggiungere solo alcune parole di adesione: dell'impostazione del problema qui delineata, e delle soluzioni qui proposte, a quel quadro concettuale offerto da quella fondamentale, e sempre attuale sentenza della Cassazione.

Le ipotesi tipiche di nullità provvedimentoale

di Maria Laura Maddalena

SOMMARIO: Sezione II. *Le ipotesi tipiche di nullità provvedimentoale*. – II.1. Le nullità testuali, ovvero previste da specifiche norme di legge. – II.1.1. Nullità in materia di assunzioni senza concorso, di affidamento di mansioni superiori e di incarichi retribuiti esterni. – II.1.2. Nullità degli atti in caso di *prorogatio*. – II.1.3. Nullità degli accordi *ex art. 11*, legge n. 241/1990 e del provvedimento amministrativo per assenza di forma scritta *ad substantiam*. – II.1.4. Nullità della clausola di bando di gara escludente ai sensi dell'art. 46, comma 1 *bis*, codice dei contratti pubblici. – II.2. Nullità per violazione ed elusione del giudicato. – II.2.1. L'inapplicabilità dell'art. 21 *septies* in caso di violazione di ordinanze cautelari e sentenze non passate in giudicato. – II.2.2. La previsione della giurisdizione esclusiva in caso di violazione ed elusione del giudicato.

SEZIONE II

II.1. Il comma 1 dell'art. 21 *septies* si occupa, oltre che delle nullità c.d. strutturali di cui si è parlato nella Sezione I, anche degli altri casi di nullità provvedimentoale: quelle per violazione o elusione del giudicato e le c.d. nullità testuali, ovvero previste da specifiche norme di legge.

Ragioni di sistematica consigliano, tuttavia, di trattare prima delle nullità testuali e poi dei casi di nullità per violazione ed elusione del giudicato, unitamente alla previsione della giurisdizione esclusiva in questo ambito, sancita in principio dal comma 2 dell'articolo in commento e ora dal codice del processo amministrativo [art. 133, lett. a), n. 5, c.p.a.].

La previsione di c.d. nullità testuali, con formula meramente ricognitiva e di richiamo alle ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge, rinvia evidentemente alla formulazione dell'art. 1418, comma 3, c.c. Si tratta, come si è già dello nella Sezione I, di un rinvio aperto non solo alle ipotesi di nullità vigenti al momento della adozione della norma ma anche a tutte quelle che dovessero essere successivamente disposte dal legislatore. Tale previsione costituisce una norma di chiusura del sistema, non essendo ipotizzabili nel diritto amministrativo nullità c.d. virtuali, posto che tutte le norme tese a disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri e l'azione am-

ministrativa sono imperative e comportano di regola l'annullabilità del provvedimento¹.

La giurisprudenza amministrativa ha da subito interpretato questa disposizione come conferma del numero chiuso delle cause di nullità del provvedimento amministrativo e della inconfigurabilità, nel diritto amministrativo delle c.d. nullità virtuali, da ricondurre ad ipotesi di annullabilità².

Le ipotesi di nullità testuali infatti sono tassative per cui non può, in assenza di una norma di legge che la preveda, desumersi una nullità provvedimentoale ove l'atto impugnato sia dotato di tutti gli elementi essenziali, emanato da organo non affetto da incompe-

¹D. PONTE, *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della l. n. 15/2005*, Milano, 2006, 59.

²Cfr. Cons. St., sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, il quale afferma: «In applicazione dell'art. 21 *septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 le cause di nullità del provvedimento amministrativo debbono intendersi a numero chiuso. Le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale debbono essere 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; pertanto esse si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il termine di decadenza, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo»; v. anche sul tema: Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173; sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 9 febbraio 2009, n. 1337, in *Giur. merito*, 2009, 4 1121. v. sul tema S. FOA, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 luglio 2010.