

La perdurante attualità dello studio degli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Spunti di riflessione per l'aggiornamento della loro ricerca

di Ambrogio De Siano

Sommario

1. L'oggetto, le ragioni, l'obiettivo ed il piano dell'indagine; 2. Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo nella ricostruzione della dottrina; 3. Il contributo giurisprudenziale alla definizione della struttura dell'atto amministrativo (anche) attraverso l'aggiornamento del regime giuridico della nullità; 4. L'esistenza giuridica dell'atto quale indefettibile requisito per la sua inefficacia. L'importanza del concetto di 'rilevanza giuridica' nella ricostruzione della struttura dell'atto amministrativo; 5. Dalla realtà extra-giuridica del fatto materiale alla realtà giuridica dell'effetto: elementi essenziali per l'esistenza dell'atto amministrativo ed elementi essenziali per la sua efficacia; 6. Conclusioni: l'evoluzione del sistema dell'invalidità dell'atto amministrativo e la connessa necessità di aggiornare la teoria di quest'ultimo.

1. L'oggetto, le ragioni, l'obiettivo ed il piano dell'indagine

Il tema dei suoi elementi essenziali, sebbene abbia trovato posto in quasi tutti gli studi sull'atto amministrativo, è tutt'ora oggetto di discussione a causa dei numerosi aspetti rimasti privi di una ricostruzione teorica condivisa.

La sua perdurante attualità, peraltro, si è ulteriormente ravvivata a seguito della novella del 2005 della L. 241/1990, l'art. 21-septies della quale prevede, appunto, che «è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali».

In una recente riflessione su tale disposizione si è messo in evidenza che il suo utilizzo da parte della giurisprudenza è, per un verso, piuttosto sporadico, e, per un altro, alquanto 'problematici

co', ciò dovendosi ascrivere, con ogni probabilità, alla ancora incerta individuazione degli elementi di cui consta la 'struttura' dell'atto amministrativo, che impedisce ai giudici di dichiarare (ma anche agli avvocati di dedurre) la relativa forma di nullità¹.

Cosicché, alla luce del fatto che la identificazione degli elementi essenziali, non recando soltanto una portata teorica, sembra contribuire significativamente ad implementare il livello di tutela nei

¹ A. DE SIANO, *La problematica individuazione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo e del loro regime giuridico nella elaborazione giurisprudenziale dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990*, in A. SANDULLI e G. PIPERATA, *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 393 ss.

confronti del destinatario dell'azione amministrativa, la sensazione che sia necessario aggiornare la teorica dell'atto amministrativo anche sotto questo profilo trova un valido fondamento²: invero, un'adeguata conoscenza della struttura dell'atto consentirebbe, anzitutto, di comprendere quali siano gli elementi che, al di là della sua esistenza materiale³, lo rendano giuridi-

camente idoneo a produrre effetti; e successivamente, allorquando (eventualmente) si rendesse necessario intraprendere la via giurisdizionale, di individuare da quale forma di invalidità esso sia affetto e, in conseguenza, di scegliere quale azione proporre⁴.

² Il tema in parola, benché – come riferito – sia stato diffusamente affrontato dalla dottrina, mai è stato oggetto di una indagine espressamente dedicatagli, ad esclusione del saggio di A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1949, I, pp. 125 ss., il quale è indiscutibilmente diventato il punto di riferimento per tutti gli studi successivi. A questo deve aggiungersi il recentissimo lavoro monografico di M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Giappichelli, Torino, 2012.

³ La quale non viene in rilievo in questo studio, che muove dalla condivisione delle osservazioni svolte da R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990, segnatamente nel paragrafo dal titolo «*L'inesistenza come problema di qualificazione giuridica*» (pp. 5 ss.), nel quale, tra l'altro, l'A. afferma che la distinzione del piano materiale da quello giuridico «discende [...] dall'autonomia stessa del discorso giuridico, il quale si caratterizza per avere come suo unico referente il dato giuridico; con la conseguenza appunto che il dato materiale, naturalistico esula inevitabilmente dal campo di interessi del giurista» (p. 6). Anche A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza* cit., p. 130, ritiene che sarebbe «certamente infondato il cercare la base dell'esistenza di un atto amministrativo nella circostanza della presenza nel mondo esterno di un documento ufficiale attestante tale esistenza». Ad avviso dell'A. «è noto che gli atti amministrativi – per quanto questa non debba essere considerata la regola da applicare necessariamente in mancanza di norme in contrario – vengono posti in essere generalmente in forma scritta, e che assai spesso lo scritto rappresenta elemento essenziale per la loro esistenza. In applicazione poi di quel principio generale, in base al quale gli atti delle pubbliche autorità sono accompagnati da una presunzione di validità, esiste una presunzione giuridica in ordine alla rispondenza al vero delle dichiarazioni formulate nei documenti pubblici (art. 2700 c.c.). Questo non significa però che, tutte le volte che in un pubblico documento risulti consacrata l'esistenza di un atto amministrativo, l'atto amministrativo debba necessariamente esistere. Significa soltanto che la prova della sua esistenza non potrà essere superata che nei modi di legge» (pp. 130-131). Sicché – conclude – «altro è l'esistenza di un atto amministrativo, e altro è la presunzione della sua esistenza. E,

se un documento, il quale ne attesti l'esistenza, può valere a far sorgere la presunzione della sua esistenza, nessuna rilevanza esso può avere in ordine al reale problema della sua esistenza. L'atto in tanto esiste in quanto realmente ne concorrono le condizioni di esistenza» (p. 132).

⁴ La difficoltà di individuare con precisione gli elementi essenziali dell'atto amministrativo non è considerata un «grave problema pratico» da F.G. SCOCA, *Nozione, elementi e classificazione*, in ID. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 261 ss., ciò in considerazione del fatto che «la disciplina del provvedimento (e della sua invalidità) è orientata piuttosto sui profili funzionali anziché, come per il contratto, sui profili strutturali» (p. 265). È per questa ragione – continua l'A. – che «è necessario e sufficiente che il provvedimento possa essere identificato come tale» (p. 265). L'autorevolissima opinione – che è tutt'altro che isolata in dottrina: sostanzialmente concorde è, ad esempio, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I parte generale*, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 787 ss., ad avviso del quale «poiché appare di maggiore importanza la prospettiva di studio che privilegia il provvedimento nel suo porsi come espressione della funzione amministrativa, interessa assai meno scomporlo negli elementi che lo costituiscono come fatto produttivo di effetti» (p. 788) – non pare condivisibile. Invero, anche ad ammettere che, piuttosto che ricostruire con precisione la struttura dell'atto amministrativo, sia sufficiente capire se «possa essere identificato come tale», resta il dubbio di quale sia il modo per svolgere l'operazione di identificazione. A ben vedere, uno studio sugli elementi essenziali dell'atto serve proprio ad individuare i suoi elementi 'qualificatori', ossia quegli elementi che gli danno la vita (e, in diretta derivazione, lo fanno vivere) da atto amministrativo, connotandolo rispetto agli atti di diversa natura giuridica. Anche B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 301 ss., ritiene che un'analisi degli elementi essenziali sia «poco utile, come lo è la nuova norma», salvo poi aggiungere che «l'analisi strutturale del provvedimento amministrativo serve piuttosto, da un lato, a esaminare alcuni problemi relativi alla sua struttura, che risentono della peculiarità del provvedimento come atto di esercizio di un potere e di svolgimento di una funzione; dall'altro, a individuare alcuni tipi

Lo studio, dunque, si propone di: *a*) verificare la 'tenuta' delle tesi tradizionali sulla struttura dell'atto amministrativo alla luce, da un lato, della elaborazione giurisprudenziale tanto degli elementi (qualificati come) essenziali, quanto delle forme di invalidità che conseguirebbero alla loro mancanza, e, da un altro, degli studi di teoria generale che hanno 'isolato' il concetto di rilevanza giuridica da quello di efficacia; *b*) provare a ricavare, sulla scorta dei risultati cui la dottrina è giunta in merito alla 'dinamica' di produzione dell'atto giuridico nonché della recente 'rivistazione' ad opera della giurisprudenza amministrativa (di parte) del regime giuridico della nullità, una possibile ricostruzione della struttura essenziale dell'atto; *c*) dimostrare, attraverso l'osservazione del rapporto (tratteggiato dall'art. 21-septies, L. 241/1990) tra la figura della nullità cd. 'strutturale' ed il suo oggetto (l'atto amministrativo), che la definizione della struttura dell'atto è necessaria per sfruttare appieno le potenzialità (di una parte) del rinnovato sistema della invalidità.

Pare opportuno fin d'ora avvertire che il tema oggetto dell'indagine è di quelli che mal si prestano ad una ricostruzione teorica priva di 'ombre' e con qualche ambizione di definitività, così come è dimostrato, tra l'altro, dal fatto che nessun indirizzo interpretativo (tra i tantissimi esistenti) è mai riuscito a 'prevalere' sugli altri. Il lavoro, pertanto, benché in chi scrive non manchi affatto l'aspirazione a contribuire alla sistemazione del tema, si propone soprattutto di rilanciare il dibattito – mai definitivamente spento, ma forse un po' sopito a causa della centralità che il rapporto tra amministrazione ed amministrato ha progressivamente assunto nella gran parte degli studi⁵ – sulla struttura dell'atto am-

ministrativo, la determinazione della quale – lo si è riferito – pare costituire un passaggio necessario, oltre che per completare la teoria dell'atto, anche per rendere pienamente funzionante il (o quantomeno una parte del) sistema della sua invalidità.

Per conseguire tale obiettivo lo studio si articola in una parte ricognitiva (che viene svolta nei par. 2, 3 e 4) ed una ricostruttiva (cui è dedicato il par. 5), la quale anticipa le osservazioni conclusive (par. 6).

Segnatamente, il par. 2 è dedicato all'analisi dei principali orientamenti dottrinali in tema sia di elementi essenziali dell'atto amministrativo, sia di conseguenze derivanti dalla loro mancanza, dalla quale si ricava una (in verità, solo in pochi casi piuttosto accentuata) diversità di opinioni, figlia per lo più di una (a volte, comunque, davvero minuta) differenza di approccio metodologico.

La ricostruzione dell'apporto giurisprudenziale sui medesimi argomenti è oggetto del par. 3, nel quale si rileva – non senza sorpresa – che, nonostante l'entrata in vigore della L. 15/2005, se si esclude una recente rivisitazione (di una parte) del regime giuridico della nullità, gli orientamenti manifestati restano immutati rispetto a quelli consolidatisi fin dagli anni '60 del secolo scorso.

La prosecuzione del lavoro prende forma alla luce della convinzione che uno studio sulla struttura dell'atto amministrativo non possa non coinvolgere quello sulla sua inesistenza e/o nullità, che, a sua volta, non può essere affrontato solamente indagando il relativo sistema della invalidità, richiedendo, invece, di essere inquadrato in una più ampia prospettiva di teoria generale,

di provvedimenti, che si distinguono dagli altri per qualche particolarità strutturale» (p. 308).

⁵ L'eccessivo, radicale, spostamento dell'attenzione dall'atto alla funzione è criticamente rilevato da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto Amministrativo per il corso di base*, Edi-

toriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 483-484, il quale, tuttavia, ritiene che «tale tendenza [...] non comporti [...] che venga necessariamente abbandonata del tutto (forse un po' troppo velocemente, e non senza qualche imprudenza) la sistematica tradizionale, nell'ambito della quale soltanto (almeno fino ad ora) è consentito collocare, e quindi spiegare, la molteplicità degli atti amministrativi in quanto distinti da quelli di diritto comune» (p. 483).

dalla quale sembrano potersi trarre significativi spunti di riflessione, se non addirittura vere e proprie soluzioni, per tentare di definire la 'dinamica' che consente all'atto amministrativo di venire ad esistenza e di produrre effetti.

Da questa convinzione 'nasce' lo snodo fondamentale dell'indagine, contenuto nel par. 4, in cui si sintetizzano i risultati degli studi che si sono occupati del concetto di rilevanza giuridica, dai quali si sono tratti i presupposti per condurre la riflessione sulla distinzione tra le figure della inesistenza e della nullità.

Solo al termine dei (brevemente) descritti stati di avanzamento, lo studio giunge al suo momento ricostruttivo, nel quale si è provato ad isolare, all'interno del ciclo vitale dell'atto amministrativo, i suoi *elementi costitutivi* dagli *elementi essenziali* per la sua efficacia, 'promuovendo' così la differenza concettuale (e di regime giuridico) tra loro. Segnatamente, dopo aver ricavato la diversità che intercorre tra lo stato di irrilevanza giuridica (che neppure permette di riferirsi ad un atto) e l'atto che esiste ma è nullo, ed aver tentato di comprendere quale sia il significato giuridico da ascrivere all'espressione *elementi essenziali*, si è giunti ad individuarne un duplice ordine: da un lato, quelli che danno vita all'atto; da un altro, quelli che lo rendono capace di produrre effetti.

Nell'osservare che negli ultimi anni la figura della nullità ha assunto un ruolo tutt'altro che insignificante nel sistema della invalidità dell'atto amministrativo, lo studio si conclude, nel par. 6, rilevando la 'claudicanza' della sua forma cd. 'strutturale', proprio perché manca l'appoggio della ricostruzione concettuale del suo oggetto (ossia dell'atto, o, più precisamente, della struttura di questo), dal che consegue una incerta applicazione delle relative norme di natura sostanziale e processuale.

2. Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo nella ricostruzione della dottrina

L'art. 21-septies, L. 241/1990, facendo proprio il tradizionale orientamento dottrinale sul tema in

parola, prevede che «è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali».

La norma – da molta parte della dottrina ritenuta quantomeno incompleta⁶ – non si cura di identificare gli elementi essenziali del provvedimento (ma, più correttamente, pare doversi intendere dell'atto amministrativo), lasciando all'interprete il compito di comprendere quali essi siano⁷.

Come riferito, il tema degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, soprattutto nella manualistica, è stato diffusamente affrontato; ciò nonostante, non si è mai riscontrata uniformità tanto sulla loro individuazione e sui criteri per

⁶ A riguardo si v. le considerazioni di F.G. COCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 165 ss., 170. È di diversa opinione L. MAZZAROLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della L. n. 241 del 1990, introdotto con la L. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2006, pp. 543 ss., per il quale la mancata elencazione degli elementi essenziali rappresenta «una lacuna che, a ben riflettere, può essere valutata non negativamente» (p. 556). Ad avviso dell'A., infatti, «la presenza di un elenco degli elementi essenziali porrebbe problemi non facili, quali quelli scaturenti dalla qualificazione del suo carattere: se dovesse cioè essere concepito come completo ed esaustivo o invece come meramente indicativo»; per cui – conclude – «meglio [...] che quell'elenco non ci sia» (pp. 556-557).

⁷ Come è evidente, la individuazione degli elementi essenziali dell'atto costituisce la (ineludibile) operazione interpretativa per definire l'ambito di applicazione dell'ipotesi di nullità che sanziona il loro difetto. La mancata determinazione di un preciso ambito di applicazione – ad avviso di B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo* cit. – è caratteristica piuttosto diffusa nella L. 241/1990 così come integrata e modificata dalla L. 15/2005: «la L. n. 241/1990 detta ormai molte norme sul provvedimento, ma non dice che cosa è un provvedimento, quindi non individua l'ambito di applicazione di queste norme» (pp. 301-302). Ad opinione dell'A. «per il provvedimento, la scelta del legislatore del 2005 avrebbe potuto essere diversa, perché diverso è l'approccio con il quale esso ha regolato la materia. [...] Il legislatore, invece, ha preferito continuare a presupporre la nozione di provvedimento, rinunciando a definire un ambito di applicazione comune alle nuove regole; ha privilegiato, quindi, l'elasticità rispetto alla precisione» (p. 303).

addivenire ad essa, quanto sulle conseguenze derivanti dalla loro mancanza e sul giudice da adire per farla accertare.

La teorizzazione più completa – come ricordato – si deve a A.M. Sandulli, il quale nel 1949 dedica un saggio al tema dell'esistenza dell'atto amministrativo. Ad avviso dell'A., l'individuazione dei «limiti di esistenza» dell'atto rappresenta un «problema [...] necessariamente preliminare e di primaria importanza»⁸ rispetto a quello dell'annullabilità, per risolvere il quale bisogna «determinare da qual punto in poi possano in una fattispecie riconoscersi le caratteristiche dell'atto amministrativo: vale a dire di determinare il minimo di condizioni perché un comportamento volontario possa esser considerato un atto amministrativo, sia pure invalido»⁹.

Al fine di determinare le «condizioni di esistenza»¹⁰ dell'atto amministrativo, l'A. prende le mosse dalla definizione di quest'ultimo, il quale è ritenuto un «atto posto in essere da un'autorità amministrativa [...] nell'esplicazione di un potere pubblico [...], sempre che non si tratti di atto che abbia la forza giuridica dell'atto di governo, dell'atto legislativo o dell'atto giurisdizionale»¹¹.

⁸ A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza* cit., p. 128.

⁹ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, loco ult. cit.

¹⁰ Ancora A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 134, il quale non si riferisce mai alla nullità, ritenendo che accanto alla sola forma di invalidità conosciuta nell'ordinamento, cioè l'annullabilità, «ricorrono dei casi, in cui presso un atto che abbia l'apparenza dell'atto amministrativo si riscontrino delle deficienze tanto gravi rispetto allo schema proprio della categoria, da far sì che quell'atto addirittura non possa esser considerato esistente come atto amministrativo» (pp. 127-128). L'A. riconosce che «più frequentemente» l'atto amministrativo inesistente «viene designato come atto amministrativo nullo» (p. 128, nota 9); tuttavia, nel corso della sua trattazione, ad esclusione dell'appena citato riferimento, non dedica alcuna riflessione alla categoria della nullità.

¹¹ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, loco ult. cit. L'A., appena dopo, aggiunge a quello soggettivo altri due elementi che permettono di qualificare un atto come amministrativo: l'elemento oggettivo, sostenendo che un atto è amministrativo se «il suo oggetto non sia insuscettibile di essere toccato dall'azione amministrativa», e quello finalistico, occorrendo che l'atto

Secondo la ricostruzione in parola, gli elementi in difetto dei quali l'atto non può essere considerato venuto in vita sono la forma, il soggetto, l'oggetto, il contenuto e la finalità.

Per quanto attiene alla forma, l'autorevole dottrina ritiene che «una volta accertato che una data forma sia richiesta ad substantiam per un certo atto, la mancanza di essa, risolvendosi in una diversità della fattispecie da quella in cui la legge in modo esclusivo identifica dal punto di vista formale quell'atto, non potrà non essere causa dell'inesistenza dell'atto stesso»¹².

Accanto all'elemento formale, sono ritenuti elementi costitutivi dell'atto amministrativo il soggetto e l'oggetto, ossia gli elementi attivo e passivo dell'atto: infatti, «un atto amministrativo non può provenire se non da un'autorità amministrativa»¹³; occorre, inoltre, che da esso discenda una «modificazione giuridica»¹⁴ nei confronti di «un qualsiasi elemento del mondo esterno – sempre che [...] sia esistente e determinato»¹⁵.

sia «rivolto alla soddisfazione dell'interesse dell'ente che lo pose in essere» (p. 134).

¹² A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 135.

¹³ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 139, il quale continua precisando che «a un atto posto in essere da un privato o da un'autorità appartenente all'ordine legislativo o a quello giudiziario non potrà essere riconosciuta di massima l'essenza e la disciplina propria dell'atto amministrativo» (p. 139).

¹⁴ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 146.

¹⁵ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 147-148. L'A. precisa che, benché «ogni elemento esterno è idoneo a subire l'azione amministrativa», «non in ogni direzione può essere svolta qualsiasi azione amministrativa; ma ciascuno è suscettibile di subire l'una o l'altra». Quindi – prosegue – alcuni «elementi, i quali possono esser considerati come oggetti idonei in relazione a certe categorie di atti, non lo sono in relazione ad altre»; per cui «il fatto che dei provvedimenti [...] abbiano operato nei confronti di elementi inidonei farà sì che un atto della specie di cui porta il *nomen juris* non possa esser considerato venuto in vita» (pp. 148-149). Nel *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, l'A. chiarisce meglio il concetto di oggetto, affermando che «sono termini passivi dell'atto tanto la persona o le persone destinate a subirne gli effetti (oggetto di un provvedimento disciplinare è il soggetto nei cui confronti la sanzione viene comminata), quanto, eventualmente, il bene nei cui confronti l'atto operi una trasformazione giuridica

Vi è poi l'aspetto sostanziale dell'atto, cioè il suo contenuto, il quale deve recare «i caratteri essenziali per il contenuto di qualsiasi atto giuridico – vale a dire la determinatezza (o almeno la determinabilità), la possibilità e la liceità (art. 1346 c.c.)»¹⁶. Segnatamente, il contenuto è costituito dal «comportamento volontario»¹⁷ della P.A.; comportamento che «naturalmente» a sua volta deve esistere, e perché esista «è necessario prima di tutto che ricorra una *manifestazione esteriore* imputabile al soggetto – la quale, quando sia prescritta, deve assumere [...] *ad substantiam* una data forma (art. 1345, n. 4 cc) –, e poi che tale manifestazione riveli un *atteggiamento psichico* (volontà, rappresentazione) (art. 1325, n. 1 cc), il quale si estrinsechi in un certo senso, vale a dire abbia un certo *contenuto*»¹⁸.

Ultimo elemento 'esistenziale' dell'atto amministrativo è quello finalistico: considerato che la causa, «in quanto ne identifica la funzione, è elemento essenziale di ogni atto giuridico (art. 1325 cc), è evidente che un atto amministrativo non potrà esistere, se non in quanto abbia una causa»¹⁹. Questa dovrà essere anzitutto lecita – cioè «è, in fatti, essenziale per l'esistenza di un

qualsiasi atto giuridico (art. 1343-45 c.c.)»²⁰ – e non potrà che coincidere con l'interesse pubblico curato dall'ente che pone in essere l'atto²¹.

Come è evidente, al fine di determinare «I limiti di esistenza dell'atto amministrativo», l'A. utilizza come paradigma di riferimento la disciplina del codice civile: anzi, non pare scorretto ritenere che la struttura dell'atto amministrativo viene 'costruita' ad immagine di quella del negozio giuridico.

D'altra parte, prima della sistemazione della categoria dell'atto amministrativo dovuta all'opera di M.S. Giannini²², qualsiasi indagine sul tema difficilmente avrebbe potuto sottrarsi all'influenza pandettistica: non a caso, appena qualche anno dopo il saggio di Sandulli, altra autorevolissima dottrina afferma che «per chiarire la struttura dell'atto amministrativo» è «conve-

(oggetti del provvedimento di espropriazione – in quanto subiscono le modificazioni giuridiche da esso prodotte – sono non soltanto l'espropriante e l'espropriato, ma anche il bene espropriato)» (p. 670). Sempre nel *Manuale* cit., l'A. osserva altresì che il soggetto e l'oggetto sono elementi «estranei all'atto», mentre forma, contenuto e finalità sono «elementi costitutivi dell'atto in sé e per sé (elementi che lo individuano nei suoi vari aspetti)» (p. 671).

¹⁶ A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza* cit., p. 154.

¹⁷ A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza* cit., p. 150. Anche in riferimento al contenuto l'A. fornisce una precisazione nel *Manuale* cit., affermando che «l'aspetto sostanziale dell'atto è rappresentato dal contenuto della statuizione o della enunciazione (di volontà, di giudizio, di rappresentazione, ecc.) in cui l'atto consiste (di volta in volta), ordine, autorizzazione, consenso, richiesta, parere, certificazione, ecc.». Insomma – continua – «il contenuto corrisponde a quello che nei provvedimenti si suole indicare col nome di dispositivo» (p. 682).

¹⁸ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, loco ult. cit.

¹⁹ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 158-159.

²⁰ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 160.

²¹ Infatti, «perché un atto amministrativo (purchessia) esista, è, quanto meno, indispensabile che l'atto sia preordinato a un compito di pubblica amministrazione, vale a dire la sua finalità reale ed effettiva attenga alla funzione amministrativa», così A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 683.

²² Sulla evoluzione della teoria dell'atto e del provvedimento amministrativo, all'interno della pressochè sterminata letteratura, si v. O. RANELLETTI – A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nss. Dig. It.*, vol. I, tomo 2, 1958, pp. 1486 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, 1959, pp. 157 ss.; F. SATTÀ, voce *Atto amministrativo I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, vol. IV, pp. 1 ss.; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, n. 1, 1995, pp. 1 ss.; E. CASETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, vol. XII, pp. 243 ss.; D. SORACE, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, 2010, pp. 46 ss.; nonché, per quanto riguarda i lavori monografici, A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2000, e B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Cedam, Padova, 2000. In merito all'influenza che la teoria negoziale ha spiegato nella (ri-)costruzione degli atti della pubblica amministrazione si v. C. MARZUOLI, *Negozio giuridico e pubblica amministrazione*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporto sociali. Il problema del negozio giuridico*, Feltrinelli, Milano, 1978, pp. 181 ss., nonché E. ROPPO, *Negozio giuridico, Stato, società civile sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo*, in *ID.*, pp. 201 ss.

niente seguire lo stesso metodo usato con profitto dai privatisti nell'analisi dell'atto giuridico in genere: considerare, cioè, separatamente gli elementi che dell'atto costituiscono la sostanza, ossia gli elementi essenziali»²³.

Nell'utilizzare il medesimo approccio al tema, gli esiti dell'indagine condotta dalla dottrina in parola non possono che essere molto simili a quelli precedentemente raggiunti da Sandulli: ed infatti, gli elementi «che dell'atto costituiscono la sostanza» sono identificati nel soggetto, nell'oggetto, nella volontà, nel contenuto e nella forma²⁴.

L'unica particolarità rispetto alla ricostruzione sandulliana, figlia di un approccio ancor più civilistico al tema, si rinviene nel fatto che nell'elenco degli elementi essenziali viene dato spazio alla volontà, mentre viene espunta la causa, che non è ritenuta «elemento essenziale dell'atto amministrativo o in genere dell'atto giuridico, perché essa non ha esistenza autonoma, ma è requisito della volontà o meglio un modo particolare di agire di questa»²⁵.

Invero, oltre alla (comunque non insignificante, benché minima) diversità nel novero degli elementi (ritenuti) essenziali, ad una prima lettura la vera particolarità della tesi di Zanobini sembra

risiedere nel significato che andrebbe attribuito all'espressione 'elementi essenziali': a suo avviso tali sono «quegli elementi che valgono a dar vita all'atto amministrativo e senza i quali questo o non ha nessuna giuridica rilevanza o è un atto proprio di una categoria giuridica diversa (un atto di diritto privato, un atto di diritto processuale, etc.)»²⁶.

Con siffatta premessa – che precede l'indagine sui singoli elementi – pare che l'A. intenda attribuire rilievo al concetto di rilevanza giuridica, riconoscendogli autonomia rispetto a quello di efficacia²⁷. Più precisamente, sembrerebbe che l'A., nel ricostruire la struttura dell'atto amministrativo, ritenga che il suo venire in vita 'passi' per due momenti (sostanzialmente) diversi: quello della rilevanza giuridica, in cui l'atto entra a far parte del mondo giuridico, e quello della qualificazione dell'atto già 'nato' come atto amministrativo.

Tuttavia, a detta affermazione non segue alcuno sviluppo: con ogni probabilità l'A., benché avverta la diversità concettuale tra rilevanza ed efficacia, non la ritiene significativa per il tema, in quanto, considerato che nullità ed inesistenza sono dallo stesso 'percepiti' come concetti equivalenti²⁸, sotto il profilo della capacità dell'atto di

²³ Così G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo, Volume primo, Principi generali*, Ottava edizione, Giuffrè, Milano, 1958, p. 244. L'edizione qui citata del Corso di Diritto Amministrativo di Zanobini è successiva di ben otto anni alle *Lezioni di Diritto Amministrativo* di M.S. GIANNINI (Giuffrè, Milano, 1950), nelle quali questi per la prima volta elaborò la nozione di provvedimento amministrativo. Ciò nondimeno – così come osserva F.G. SCOCA, *La teoria* cit., p. 2 – la figura del provvedimento è «rimasta estranea alle opere (anche alle edizioni o riedizioni successive alla sua elaborazione) degli studiosi della generazione precedente rispetto a Giannini». Tra gli altri, l'A. prende ad esempio proprio «le edizioni successive al 1950 sia del *Corso di diritto amministrativo* di G. ZANOBINI sia del *Diritto Amministrativo* di C. VITTA: in entrambe vengono citate le *Lezioni* di M.S. GIANNINI, ma non ne vengono accolte le tesi. Zanobini semplicemente le ignora; Vitta ne riferisce, senza commento, in nota» (p. 2, nota 1).

²⁴ G. ZANOBINI, *Corso cit.*, pp. 244-245.

²⁵ G. ZANOBINI, *Corso cit.*, p. 247.

²⁶ G. ZANOBINI, *Corso cit.*, pp. 244-245 (corsivi di chi scrive).

²⁷ In allora la distinzione tra il concetto di rilevanza giuridica e quello di efficacia era già nota in dottrina, la sua prima elaborazione dovendosi attribuire alle opere di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, e *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941.

²⁸ Per G. ZANOBINI, *Corso cit.*, infatti, «l'atto nullo è quello mancante di un elemento essenziale». In tal caso, «può darsi che l'atto materialmente esista, come quando è redatto in uno scritto avente tutta l'apparenza di un provvedimento amministrativo; giuridicamente, però, esso non esiste e non dispiega alcun effetto» (pp. 302-303). L'A. – nella nota 2 a p. 303 – si confronta con la dottrina che, «oltreché di nullità, [...] parla anche di inesistenza, sia dei negozi giuridici in genere, sia degli atti amministrativi», osservando che «se con tale espressione si vuole indicare la inesistenza giuridica di un atto esistente solo materialmente, il suo significato equivale a quello di nullità [...]. Se, invece, si vuole intendere tale inesi-

produrre effetti è lo stesso dire che un atto non è amministrativo oppure che non esiste affatto.

La elaborazione della nozione di provvedimento (giunta unitamente ad una nuova teorizzazione della intera categoria dell'atto amministrativo) porta con sé, rispetto al passato, un diverso approccio al tema dei suoi elementi.

Osservando che il provvedimento amministrativo «appartiene alla categoria delle dichiarazioni», M.S. Giannini ritiene che i suoi elementi essenziali siano solamente «la volontà, l'oggetto, ed, entro certi limiti, la forma (o esternazione)»²⁹.

In particolare, nel criticare le ricostruzioni effettuate «alla stregua di quanto la dottrina privatistica aveva fatto per il negozio giuridico»³⁰, la dottrina in parola si sofferma anzitutto sull'elemento 'volontà': nel provvedimento amministrativo, in quanto «atto di scelta del modo di curare interessi pubblici, la volontà è [...] elemento fondamentale, onde non possono avere valore affermazioni recenti con le quali si nega che essa costituisca elemento»³¹.

Diversa da quelle precedenti è pure la definizione dell'oggetto e della forma.

L'oggetto è identificato con l'interesse pubblico che la P.A. ha il compito di curare a mezzo dell'atto emanato: più precisamente, «l'oggetto del provvedimento effettivamente attiene all'interesse pubblico primario di cui l'amministrazione è attributaria, quale in concreto condizionato, in modo positivo o negativo, dagli interessi pubblici secondari»³².

Per quanto riguarda la manifestazione dell'atto verso l'esterno, invece, l'A., muovendo dalla critica a chi «altro non fece se non riprendere dal diritto privato i problemi del se il provvedimento amministrativo dovesse avere "forma scritta" e se essa fosse *ad substantiam* o *ad probationem*»³³, ritiene che, considerata la funzionalizzazione dell'attività amministrativa, il tema della esternazione del provvedimento è ben più complesso rispetto a quello del negozio, essa coinvolgendo «i vari elementi di esso, e anche gli atti del pro-

stenza come situazione di fatto oltretutto giuridica, il concetto si dimostra superfluo, perché ciò che non esiste neppure materialmente non può dirsi un atto giuridico neppure apparente». Per questo – conclude l'A. – «noi seguiamo il sistema di coloro che non parlano, sotto nessun aspetto, della inesistenza, ma solo della nullità e della invalidità».

²⁹ Così M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo, volume secondo, terza edizione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 240, il quale inserisce nella categoria delle dichiarazioni, accanto al provvedimento amministrativo – definito «l'atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone di ordine all'interesse pubblico di cui è attributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni soggettive del privato» (p. 236) –, gli «atti amministrativi strumentali», che sono tutti gli atti «al servizio del provvedimento». Oltre agli elementi essenziali, l'A. individua gli «pseudoelementi, cioè dei fatti giuridici esterni alla fattispecie provvedimentale, che la norma, ai fini processuali, può equiparare agli elementi», quali «la competenza, la legittimazione, il presupposto», nonché i «coelementi, quali la condizione» (p. 240).

³⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo cit.*, p. 243.

³¹ Ancora M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo cit.*, p. 241. L'A., chiarendo il proprio angolo visuale, afferma che nel caso del provvedimento amministrativo la volontà «non vada costruita secondo il modello del negozio privato: non è

volontà di persone fisiche, non sono ad essa riferibili dati psichici, soprattutto manca al provvedimento amministrativo quell'ampiezza che di regola ha invece il negozio privato». Nel provvedimento amministrativo – precisa – «la volontà è *normalmente procedimentale*: è il risultato di sequenze di atti di più uffici od organi, ciascuno dei quali apporta propri giudizi, valutazioni, opinioni» (p. 241).

³² Ancora M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo cit.*, p. 250. Così l'A. porta un altro 'colpo' all'applicazione delle regole privatistiche alla teoria degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, affermando che con riguardo sia all'oggetto che alla finalità (che la dottrina precedente aveva generalmente ritenuto elementi essenziali pure dell'atto amministrativo) «la prospettiva va cambiata» (p. 249). Soffermandosi sull'oggetto sostiene che «non ha significato dire che deve essere lecito, poiché il provvedimento amministrativo non conosce tale qualifica»; così come «non ha significato dire che dev'essere determinato o determinabile, perché può essere anche indeterminato o indeterminabile» (p. 249). Diversamente, «per il provvedimento si richiede l'*effettiva* esistenza di un interesse pubblico concreto, anzi di quell'*interesse* pubblico concreto fissato dalla norma». Tale interesse rappresenta l'oggetto dell'atto ed il suo «motivo primario», mentre quelli «secondari» sono gli altri interessi (p. 250).

³³ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo cit.*, p. 256.

cedimento»³⁴. A ben vedere – continua – «la dichiarazione della volontà (e dell'oggetto) si affianca quindi alla motivazione, come esternazione dei motivi, e alla giustificazione, come esternazione dei presupposti e dei fatti di legittimazione; spesso viene esternata anche la competenza, nel richiamo delle norme su cui si fonda il potere»³⁵.

Nella teoria degli elementi dell'atto appena richiamata non è ben chiaro quale sia la 'sanzione' per la mancanza di uno degli elementi essenziali. L'A., nel domandarsi se in teoria generale, e, in via derivata, nel diritto amministrativo, «si ammette oppur no» la figura dell'inesistenza, afferma che «se, come sembra preferibile ritenere, essa non è da ammettere, l'inesistenza è riducibile ad una nullità»³⁶; tuttavia, sembra che la mancanza di tali elementi comporti neppure la nullità dell'atto, visto che l'A. ritiene che nel sistema dell'invalidità positivamente approntato per l'atto amministrativo la nullità «non trova posto»³⁷. Per cui, considerato che «la maggior parte

dei provvedimenti amministrativi è costituita da provvedimenti tipici, e anche in quelli nei quali la volontà ha ampia latitudine, di regola sono tipici gli altri elementi, oppure il procedimento che li riguarda»³⁸, pare non potersi diversamente concludere nel senso che nella ricostruzione gianniniana l'atto mancante degli elementi essenziali è di certo invalido, e nella maggior parte dei casi annullabile per violazione di legge.

Le teorie fin qui ricordate, soprattutto quella proposta da Sandulli, sono state oggetto di critiche e tentativi di revisione.

Ad esempio, partendo dal presupposto che gli elementi «essenziali o costitutivi [...] si identificano con i c.d. elementi strutturali del provvedimento amministrativo»³⁹, è stato sostenuto che il soggetto, l'oggetto e la causa non possono essere considerati elementi essenziali dell'atto, in quanto sono elementi che stanno al di fuori della struttura dell'atto⁴⁰.

Vi è chi, invece, mostrando preferenza per la dottrina più risalente, apporta piccole integrazioni all'elenco degli elementi essenziali da questa fornito⁴¹.

³⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., p. 257.

³⁵ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, loco cit.

³⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., p. 310, il quale 'puntella' la propria opinione, da un lato, ricordando che l'inesistenza del provvedimento amministrativo «costituisce [...] una creazione della giurisprudenza della Corte di cassazione, [che] ha avuto inizio negli anni '40, ed è nata da un moto di reazione alle conseguenze ultime a cui la giurisprudenza della stessa Corte era giunta con l'ammettere l'imperatività piena del provvedimento invalido»; e, da un altro, rilevando che «del resto, pur nella cospicua elaborazione, dottrina e giurisprudenza sembrano concordare nel ritenere che essa ha tutti i caratteri della nullità: pronuncia dichiarativa e non costitutiva, azione proponibile da chiunque, senza limite temporale, insanabilità; forse anche rilevanza d'ufficio» (p. 310).

³⁷ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 300, il quale critica duramente la dottrina che si è occupata della nullità, ritenendo che «se si va a vedere in concreto che cosa s'intende per nullità, si trova la più inverosimile confusione di concetti; sovente si ha l'impressione che questi pubblicisti abbiano dimenticato il diritto romano e privato, e vedano nella nullità non una delle figure dell'invalidità definita da ben precisi caratteri, ma una specie di annullabilità aggravata, che si chiamerebbe nullità pur seguendo a presentare tutte le specie caratteri-

stiche dell'annullabilità (legittimazione ristretta anzi ristrettissima, termine, sanabilità, non rilevanza d'ufficio)» (p. 302). L'A. osserva altresì che «la giurisprudenza del Consiglio di Stato non ha mai riconosciuto l'esistenza di una figura qualificabile come nullità (anche se ogni tanto vi è qualche decisione che ne parla) ed ha sempre interpretato il linguaggio dei testi normativi in cui si dicevano "nulli" questi o quegli atti nel senso che si trattasse di annullabilità» (p. 302).

³⁸ Ancora M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., p. 243.

³⁹ N. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Terza edizione, Giuffrè, Milano, 1991, p. 77. L'A. precisa che tali elementi sono «quelli che costituiscono le parti integranti dell'atto [...] senza le quali il provvedimento medesimo non può essere considerato, sotto il profilo giuridico, né esistente, né, tanto meno, valido» (p. 77).

⁴⁰ N. BASSI, *Lezioni* cit., pp. 78-79. Per l'A. «sostenere l'opposta tesi significa [...] ammettere che elementi esterni alla struttura siano essenziali per l'esistenza del provvedimento amministrativo, il che appare a chi scrive privo di fondamento logico prima che giuridico» (p. 79).

⁴¹ È il caso di R. VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., p. 788, il quale agli elementi essenziali individuati da Sandulli aggiunge la volontà. L'A. condivide la posizione

Non è però mancato chi abbia mostrato piena condivisione per tale dottrina, ritenendo che gli elementi essenziali del provvedimento, ossia «quegli elementi la cui assenza impedisce al provvedimento di venire in vita o, meglio, di quegli elementi che costituiscono i limiti del potere attribuito all'amministrazione di cui il provvedimento è espressione», sono soggetto, contenuto dispositivo, oggetto, finalità e forma⁴².

Non si può, infine, dimenticare l'autorevole tesi, quasi del tutto 'eccentrica' rispetto alle altre, secondo la quale gli elementi essenziali dell'atto sarebbero competenza, causa e funzione⁴³.

Il tema degli elementi essenziali dell'atto amministrativo non subisce particolari 'sussulti' a seguito della introduzione dell'art. 21-septies ad opera della L. 15/2005.

Ed infatti, prendendo le mosse dal presupposto concettuale per cui «il provvedimento amministrativo viene in rilievo come atto giuridico, che deve quindi possedere (sia pure con le specifiche connesse alla particolare disciplina dell'attività del soggetto-organizzazione loro autore) gli elementi costitutivi immancabili di qualsiasi atto

così qualificabile ed in particolare, con riferimento all'esercizio di poteri discrezionali, dell'atto negoziale», in piena conformità con l'approccio tradizionale al tema, si afferma che «traendo spunto dai "requisiti del contratto" elencati nell'art. 1325 c.c., si può dire che anche gli atti di amministrazione debbono avere una struttura sotto il profilo soggettivo e oggettivo, una forma e una causa (ovverosia una ragion d'essere), in mancanza delle quali non possono considerarsi giuridicamente, e talvolta neanche materialmente esistenti come atti che producono effetti giuridici»⁴⁴.

Ma si è pure nuovamente sostenuto – così come già in passato – che soggetto, oggetto e finalità, essendo elementi esterni alla struttura del provvedimento, non sono meritevoli di essere ritenuti 'essenziali', tale qualificazione essendo propriamente attribuibile solo alla esternazione ed al contenuto: infatti, sarebbe «sufficiente, perché il provvedimento sia considerato esistente, che vi sia un regolamento di interessi (contenuto decisionale) in forma conoscibile (esternato) e riferi-

dell'autorevole dottrina anche sul significato da attribuire all'espressione 'elementi essenziali', ritenendoli «elementi in mancanza dei quali il provvedimento [...] non viene in vita» (p. 787). Simile è pure la ricostruzione effettuata da P. VIRGA, *Diritto Amministrativo, Atti e ricorsi*, 2, Quinta edizione aggiornata, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 37-38, per il quale sono elementi essenziali il soggetto, la volontà, l'oggetto e la forma, da tale novero escludendo la finalità, che (come precisa nella nota 1, p. 37) «caratterizza il "potere" e non già il "provvedimento"».

⁴² Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, Decima edizione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 510-511, per il quale l'assenza degli elementi essenziali «impedisce al provvedimento di venire in vita». Dello stesso avviso è G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto Amministrativo* cit., al quale, nonostante le note difficoltà definitorie, «sembra tutt'altro che infondata – anche se la si basasse su un dato meramente convenzionale – la convinzione che gli elementi costitutivi dell'atto siano [...] soggetto, oggetto, forma, contenuto e finalità» (p. 511).

⁴³ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987, pp. 95 ss.

⁴⁴ D. SORACE, voce *Atto amministrativo* cit., pp. 57-58. Sostanzialmente coerente con le conclusioni cui giunge la dottrina tradizionale è pure la posizione di N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, I, 2007, pp. 855 ss., secondo cui sono elementi essenziali dell'atto amministrativo il soggetto, l'oggetto, la volontà, il contenuto e la forma, la mancanza dei quali, così come prevede l'art. 21-septies, comporta la nullità (pp. 863 ss.). L'A. ritiene che tale disposizione sia rilevante per il tema solamente per il fatto che qualifica come nullo l'atto privo degli elementi essenziali: con essa, infatti, si sarebbe ottenuto solo che l'ordinamento «ammette che esista un provvedimento amministrativo nullo, così come l'esistenza di un contratto nullo» (p. 860). Secondo l'A. non v'è dubbio che «la positivizzazione dell'istituto della nullità elimina uno dei dubbi che ha maggiormente affaticato la dottrina: se cioè possa predicarsi una distinzione tra atto amministrativo nullo ed atto amministrativo inesistente»; tuttavia, si «ripropone la necessità di distinguere tra condizioni di esistenza (o cause di inesistenza) e cause di nullità dell'atto amministrativo, con il vantaggio, per l'interprete, di escludere, in presenza di una causa di nullità del provvedimento amministrativo, l'inesistenza dell'atto» (p. 860).

bile ad un organo attributario del potere di adottarlo»⁴⁵.

Può ben dirsi, in definitiva, che passati oltre sessanta anni dal lavoro di Sandulli, la dottrina non è pervenuta ad una concorde ricostruzione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo.

La disparità di vedute riguarda anzitutto il criterio da utilizzare per la identificazione degli elementi essenziali dell'atto, riscontrandosi due indirizzi principali: l'uno individua gli elementi essenziali sulla falsariga dell'art. 1325 c.c. (il quale elenca i «requisiti» del contratto⁴⁶); l'altro, invece,

propende per una ricostruzione – a dir così – autonoma che sia espressione delle peculiarità dell'atto amministrativo rispetto agli atti di natura privatistica⁴⁷.

Neppure sulle conseguenze della loro mancanza la dottrina è riuscita ad addivenire ad una posizione unica: secondo alcuni autori gli elementi essenziali sono «condizioni di esistenza»⁴⁸; ad avviso di altri il loro difetto è causa di nullità, la quale, comunque, soprattutto sotto il profilo degli effetti, risulta difficilmente distinguibile dall'inesistenza⁴⁹; per altri ancora l'atto al quale

⁴⁵ Così F.G. SCOCA, *Nozione, elementi* cit., p. 268, il quale ritiene che l'art. 21-septies sia paradigma non solo del profilo sanzionatorio legato alla mancanza degli elementi essenziali, bensì anche della loro individuazione: a suo avviso dalla lettura della disposizione «si not[a] subito che la nullità è determinata dalla sola mancanza degli elementi essenziali e non dalla loro *illiceità*, come avviene viceversa per il negozio privato (art. 1418 cod. civile). Invertendo l'ordine logico, partendo cioè dalla disposizione sulla nullità, si può quindi ritenere che siano elementi essenziali, costitutivi del provvedimento, tutti e solo quelli la cui mancanza ne determina la nullità» (p. 266). Simile è la conclusione cui giunge B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento* cit., secondo il quale gli elementi essenziali del provvedimento «non possono essere certo quelli indicati dal codice civile per il contratto. Per esempio, l'accordo delle parti non è necessario in un atto unilaterale. Né ha senso richiedere la causa: non perché la causa non sia individuabile nei vari tipi di provvedimento, ma perché la natura funzionale dell'attività amministrativa la rende una nozione poco utile per la teoria del provvedimento; l'assetto di interessi realizzato dal provvedimento, infatti, non ha bisogno di alcuna giustificazione ulteriore rispetto alla valutazione implicita nell'attribuzione del potere amministrativo» (p. 308).

⁴⁶ Siffatto criterio di indagine – utilizzato, ad esempio, da A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza* cit., e da G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo* cit. – è stato duramente criticato non solo da M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., p. 243, ma anche, tra gli altri, da R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo* cit., ad opinione del quale «due caratteristiche individuano e contraddistinguono *ictu oculi* le opere degli autori che hanno costruito la nozione di inesistenza dell'atto amministrativo dovuta al difetto degli elementi essenziali»: anzitutto, «l'intervenuta unificazione dei due sistemi dell'invalidità, quello del diritto privato e quello del diritto amministrativo; ed infatti richiamate sono le norme di legge sul contratto e quelle riferibili all'atto amministrativo, e tutta la trattazione si snoda nell'indicazione delle regole di

diritto privato e nella successiva aggiunta di regole particolari ed ulteriori derivanti dalla specificità dell'atto in questione»; inoltre, «venendo al secondo profilo, si rileva che il richiamo della normativa privatistica sul contratto è integrale; i passaggi logici sono superati d'un balzo, l'atto amministrativo è atto giuridico, ergo deve avere le caratteristiche tutte di cui agli artt. 1325 e seguenti del Codice civile; il fatto che studiato sia un atto particolare determina, rispetto alla normativa codicistica, degli *addenda*, ma non dei *corrigenda*» (p. 157). Sul punto l'A. riferisce il «severo giudizio» di F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento (diritto pubblico)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, vol. II, il quale «parla di “dubbia generalizzazione della nullità privatistica”» (nota 136, p. 158).

⁴⁷ È stato M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., il precursore di siffatto metodo di indagine, che, più di recente, è stato fatto proprio, tra gli altri, pure da F.G. SCOCA, *Nozione, elementi* cit. A riguardo R. VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., ritiene addirittura «acquisita [la] consapevolezza dell'impossibilità di effettuare proficui trapianti e automatici riporti dalla teoria del negozio giuridico privato» (p. 788).

⁴⁸ Così A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 664, secondo il quale «un atto amministrativo in tanto può esistere» in quanto soggetto, oggetto, contenuto, forma e finalità «sussistano e si presentino con certi particolari caratteri. Ove quegli elementi manchino, un atto idoneo ad essere definito come atto amministrativo – e a maggior ragione come atto amministrativo di quel particolare tipo di cui di volta in volta si tratti – non potrà essere considerato venuto ad esistenza» (pp. 665-666).

⁴⁹ Tra gli altri, si v. N. PAOLANTONIO, voce *Nullità* cit., per il quale «che occorra distinguere tra atto amministrativo nullo ed inesistente è, oggi, fuor di dubbio poiché il primo riceve un esplicito riferimento normativo dall'art. 21-septies l. n. 241, cit.: un provvedimento amministrativo nullo, quindi, esiste perché è la legge a definirlo» (p. 859). Ciò nondimeno – aggiunge l'A. – «la distinzione è (sempre stata, e rimane) puramente virtuale», in quanto il provvedimento amministrativo nullo «non produce gli effetti tipici del provvedimento,

manca un elemento essenziale sarebbe addirittura annullabile⁵⁰.

il che è quanto dire che esso è inesistente» (p. 858). La medesima opinione viene manifestata da E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Seconda edizione, Cedam, Padova, 1983, il quale – nell’esprimersi in merito alla ‘sanzione’ da irrogarsi nel caso in cui un atto sia privo degli elementi essenziali, e ritenendo che le due nozioni in parola sono «sostanzialmente equivalenti» – afferma che «l’atto nullo, in quanto giuridicamente inesistente, è idoneo a produrre effetti sulle situazioni giuridiche soggettive sulle quali dovrebbe incidere» (p. 392). Concludono per la sostanziale coincidenza tra la figura dell’inesistenza e quella della nullità anche R. CARANTA, *L’inesistenza dell’atto amministrativo* cit., p. 5, 50-51, e 240, dove perentoriamente afferma che i termini in parola «sono sinonimi»; P. VIRGA, *Diritto Amministrativo* cit., il quale sostiene, da un lato, che «la mancanza di un elemento essenziale determina la nullità» (37), e, dall’altro, che «sotto un profilo strettamente giuridico, non ha valore, almeno per il diritto amministrativo, la distinzione tra “nullità” ed “inesistenza”» (p. 112); G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto Amministrativo* cit., il quale, proprio in merito alla mancanza di uno degli elementi essenziali dell’atto, afferma che «pur essendo discussa la loro individuazione, se non proprio unanime, è largamente diffuso il ritenere che la mancanza anche di uno soltanto degli elementi costitutivi determini la inesistenza/nullità dell’atto amministrativo (questo dovendo infatti considerarsi come radicalmente nullo, ovvero inesistente)» (p. 514); R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento* cit., p. 340; G. ZANOBINI, *Corso* cit., p. 303. Lo studio dell’elaborazione che ha riguardato, nel corso di quasi cento anni, le figure di inesistenza e nullità non può che principiarsi dal fondamentale contributo di A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, Roma, 1916, per proseguire poi con il particolarmente significativo lavoro di R. CARANTA, *op. ult. cit.* Più di recente si veda altresì la voce enciclopedica di N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, oltre ai lavori monografici di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002; M. TIBERII, *La nullità e l’illecito. Contributo di diritto amministrativo*, 2003, ESI, Napoli; M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziale e processuali*, Giuffrè, Milano, 2007; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Giappichelli, Torino, 2010; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità* cit.

⁵⁰ È questa la tesi di A. DE VALLES, *op. ult. cit.* pp. 345-346, il quale, dopo aver sottolineato «l’errore di metodo [...] di porre la teoria di diritto privato come punto di partenza, e di applicarla nel diritto pubblico, delineando soltanto i punti in

Infine, è sempre rimasta problematica pure l’individuazione del giudice munito di giurisdizione per l’accertamento della nullità dell’atto amministrativo, in dottrina contrapponendosi due tesi.

Secondo una opinione, l’azione di nullità dovrebbe essere proposta nel rispetto del criterio di riparto basato sulla distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive. Per cui, se ad essere leso è un interesse legittimo, il giudice da adire è quello amministrativo; viceversa, se il pregiudizio riguarda un diritto soggettivo la giurisdizione è quella ordinaria⁵¹.

L’altro orientamento ritiene, invece, che l’unica situazione giuridica soggettiva che può ricorrere in caso di nullità è il diritto soggettivo, in quanto «se non v’è produzione dinamica di potere non può allora esservi interesse legittimo, e quindi non può esservi giurisdizione amministrativa di legittimità»⁵².

Con riguardo a quest’ultimo aspetto un contributo chiarificatorio giunge dal *Codice del processo amministrativo*, il quale attribuisce alla giurisdizione di legittimità del G.A. «la domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge» (art. 31, co. 4), inscrivendo la sola «nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione od elusione del giudicato» tra le materie/controversie proprie della giurisdizione esclusiva (all’art. 133, co. 1, lett. a), n. 5).

cui questo se ne scosta», il che ha comportato che si costruisse «una teoria dell’invalidità degli atti amministrativi che [...] non risponde alla loro essenziale natura, e non tiene conto dei peculiari caratteri, per i quali i rapporti di diritto pubblico si distinguono dai rapporti di diritto privato», conclude affermando, dapprima, che una distinzione tra atti nulli ed annullabili «non ha valore giuridico» (p. 484), e, poco dopo, che «la sola distinzione di rilevanza giuridica, che può farsi degli atti amministrativi, con riguardo alla loro validità, è quella tra atti esecutori e non esecutori» (p. 485).

⁵¹ Tra gli altri, si v. le considerazioni di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo* cit., pp. 351 ss.

⁵² Così N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell’atto amministrativo* cit., p. 871.

La disposizione in parola conferma che anche l'azione di nullità è – a dir così – soggetta al criterio di riparto della giurisdizione basato sulle situazioni soggettive, per cui ove l'atto mancante di uno dei suoi elementi essenziali dovesse ledere un interesse legittimo il titolare di quest'ultimo dovrà adire il G.A.; di contro, se la lesione dovesse riguardare un diritto soggettivo, il giudice da adire sarà quello ordinario⁵³.

Questo essendo lo stato dell'arte, pare evidente l'incertezza che continua a caratterizzare la ricerca degli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Eppure, la molteplicità delle interpretazioni rese in dottrina non ha intaccato la 'centralità' della tesi proposta da Sandulli, le cui conclusioni (tuttalpiù con qualche minuta variazione) sono state alla fine quasi sempre condivise.

In effetti, la tesi in parola sembra cogliere nel segno quanto alla identificazione degli elementi da ascrivere al novero di quelli (definibili come) essenziali; del resto, considerato che – come ritiene lo stesso A. – l'atto amministrativo è un atto giuridico⁵⁴, difficilmente potrebbero individuarsi degli altri⁵⁵.

Tuttavia, l'autorevole ricostruzione non appare per il resto del tutto persuasiva: anzitutto, la ri-

flessione sembra non appuntare sufficientemente l'attenzione sulle caratteristiche proprie dell'atto amministrativo, ossia dell'atto che è esito del processo di concretizzazione della norma di azione; peraltro, benché l'A. cerchi di determinare i «limiti di esistenza dell'atto amministrativo»⁵⁶, la figura della inesistenza resta – a dir così – nell'ombra, se si esclude la osservazione secondo cui quello della esistenza dell'atto è un problema preliminare e diverso rispetto a quello della sua annullabilità⁵⁷.

A ben riflettere, per determinare quali sono le 'condizioni' che devono sussistere affinché l'atto amministrativo giuridicamente esista e sia in grado di produrre effetti, sembra necessario affrontare un percorso ricostruttivo nel quale vengano adeguatamente 'valorizzati', da un lato, il concetto di rilevanza giuridica, così da comprendere quale sia la 'dinamica di formazione' dell'atto amministrativo; e, dall'altro, le peculiarità proprie dell'atto espressione della norma di azione, ciò nella convinzione che la struttura dell'atto (non solo di quello amministrativo) si ponga in uno strettissimo 'rapporto di derivazione' con la (natura della) norma di cui l'atto stesso è estrinsecazione.

Invero, un percorso siffatto pare fornire un valido fondamento per tentare, in primo luogo, di capire quale sia la differenza (se una ne esiste) tra lo stato di irrilevanza giuridica (che neppure permette di riferirsi ad un atto) e l'atto esistente ma inefficace; e, in secondo luogo, di operare una cesura rispetto alla tesi tradizionale nella ricerca degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, 'promuovendo' la diversità concettuale tra gli elementi che danno vita all'atto e quelli che lo rendono capace di produrre effetti.

⁵³ Sul riparto di giurisdizione in merito all'azione di nullità, tra i tanti contributi, si v. E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2012; A. LAMORGESE, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 67 ss.; P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in *Giustamm.it*, 2007; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2007.

⁵⁴ A.M. SANDULLI, *I limiti cit.*, p. 138, prima di procedere all'analisi dei singoli elementi dell'atto amministrativo permette di considerarlo «un atto giuridico in tutti i suoi elementi».

⁵⁵ Per una indagine sugli elementi caratterizzanti la categoria dell'atto giuridico di diritto pubblico si v. A. CERRI, voce *Atto giuridico. II) Diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, 1993, pp. 1 ss., e la bibliografia ivi richiamata; mentre per l'atto giuridico di diritto privato si v. F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, 1959, pp. 203 ss.; e P. RESCIGNO, voce *Atto giuridico. Diritto privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, 1988, pp. 1 ss.

⁵⁶ Così A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 128.

⁵⁷ Sicchè, ad avviso dell'A., «appare per sé stessa evidente l'illogicità di quelle formulazioni secondo cui anche l'atto amministrativo inesistente sarebbe operante fino alla sua caducazione» (A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 128, nota 11).

A tali fini, l'indagine prende le mosse dall'analisi del contributo giurisprudenziale riguardante non solo la struttura dell'atto amministrativo, ma anche il regime giuridico dell'atto nullo, così da provare a ricavare, con metodo induttivo, una possibile differenza tra le categorie della inesistenza e della nullità.

3. Il contributo giurisprudenziale alla definizione della struttura dell'atto amministrativo (anche) attraverso l'aggiornamento del regime giuridico della nullità

La disparità di opinioni rilevate nel corso della sintetica rassegna dei contributi dottrinali non si rinviene, quantomeno non in egual misura, nella elaborazione giurisprudenziale, dall'indagine sulla quale emerge, più che altro, una certa confusione concettuale riguardante non solo il (più) circoscritto tema degli elementi essenziali, bensì, più in generale, la teorica dell'atto amministrativo.

Invero, le pronunce aventi ad oggetto il profilo strutturale dell'atto amministrativo sono, da un lato, numericamente piuttosto scarse, e, dall'altro, caratterizzate dalla pressoché totale assenza di spunti di originalità rispetto alla ricostruzione dottrinale tradizionale.

Nelle decisioni degli anni '50 dello scorso secolo il Consiglio di Stato, benché dubitasse della sua competenza a conoscere della nullità dell'atto amministrativo⁵⁸, affermava comunque che «atto nullo è [...] soltanto quello mancante di un elemento essenziale, cioè del soggetto o dell'oggetto e del contenuto o della prescritta forma», e che

⁵⁸ Nelle decisioni della sez. VI, n. 581/1954, in *Rass. Cons. Stato*, 1954, I, p. 790, nonché n. 815/1959, in *Giust. Civ. Rep.*, 1959, p. 210, il Consiglio di Stato dichiara inammissibile l'impugnazione di un atto nullo, sostenendo che il giudice amministrativo non può che emettere sentenze costitutive di annullamento. Questa posizione viene successivamente 'ammorbidita' dalla decisione della sez. V, n. 161/1961, in *Foro amm.*, 1961, p. 945, allorché viene ammessa la possibilità di far accertare la nullità di un atto nel caso in cui questo costituisca il presupposto dell'atto impugnato.

«fuori da tali ipotesi l'atto amministrativo può essere semplicemente viziato di illegittimità»⁵⁹.

Negli anni a venire, la giurisprudenza si esprime quasi mai sugli elementi essenziali dell'atto, occupandosene, in *obiter dicta*, solamente allorché debba elencare le (o una delle) cause alle quali è legata la comminazione di una sanzione più 'grave' della illegittimità: in particolare, dall'inizio degli anni '80 in poi, sono piuttosto numerose le decisioni nelle quali viene ribadita la convinzione secondo cui la forma di invalidità tipica dell'atto amministrativo sia costituita dalla illegittimità, potendosi configurare ipotesi di nullità – sovente utilizzata come sinonimo di inesistenza – esclusivamente nei casi in cui questa venga espressamente prevista dalla legge oppure quando l'atto non rechi uno degli elementi (ritenuti) essenziali⁶⁰.

⁵⁹ Così Consiglio di Stato, sez. V, n. 161/1961 cit., nella quale vengono citate le conformi decisioni della medesima sezione n. 937/1954, n. 521/1956 e n. 616/1959. Lo stesso orientamento si rinviene in sentenze altrettanto risalenti della sez. V, quali la n. 777/1959, in *Cons. St.*, 1959, p. 1526; e la n. 466/1959, in *Cons. St.*, 1959, p. 1079. Più di recente si v. Consiglio di Stato, sez. V, n. 16/1998, in *Foro amm.*, 1998, p. 420; sez. IV, n. 118/1993, in *Foro amm.*, 1993, p. 93. La posizione espressa dal Consiglio di Stato è condivisa dal giudice di primo grado, ad avviso del quale «può parlarsi di inesistenza e di nullità assoluta ed insanabile di un provvedimento amministrativo solo qualora esso manchi totalmente di un elemento essenziale dell'atto (quali il soggetto, l'oggetto, la volontà, il contenuto e la forma), quando l'atto medesimo sia destinato ad un soggetto inesistente o quando sia stato adottato nonostante l'incompetenza assoluta dell'organo» (Tar Abruzzo - Pescara, n. 11/1984, in *TAR*, 1984, Parte prima, p. 1039).

⁶⁰ È orientamento consolidato quello per cui «l'eccezionale ipotesi di nullità di un atto amministrativo è limitata ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario *ex lege* a costituirlo, quale può essere la radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario. Non può invece parlarsi di inesistenza dell'atto amministrativo allorché si discuta unicamente di vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo, e, perciò, delle modalità di esercizio del potere che fa capo all'amministrazione e di cui questa si è avvalsa; in tali ipotesi il vizio non attiene alla esisten-

Di significativo interesse, non solo per il sistema della invalidità dell'atto, ma anche per tentare di addivenire ad una ricostruzione della struttura essenziale di quest'ultimo, è di certo la evoluzione giurisprudenziale riguardante la nullità dell'atto amministrativo avutasi all'inizio degli anni '90.

Fino a quel momento, ancorché la giurisprudenza amministrativa continuasse a nutrire perplessità sulla collocabilità della nullità tra le forme di invalidità dell'atto amministrativo⁶¹, era consoli-

za dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi presupposti, e, quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 552/1984, in *Foro amm.*, 1984, p. 1457. Nello stesso senso già Consiglio di Stato, sez. VI, n. 690/1979, in *Foro amm.*, 1979, p. 1863; e, più di recente, sez. IV, n. 118/1993, in *Foro amm.*, 1993, p. 93; sez. IV, n. 1091/1994, in *Foro amm.*, 1994, p. 2779; sez. V, n. 166/1998, in *Foro amm.*, 1998, p. 420). L'incertezza con la quale la giurisprudenza si muove sul tema degli elementi essenziali dell'atto si coglie con chiarezza anche nelle sentenze del giudice di prime cure. Tra le tante si v. Tar Campania - Napoli, sez. II, n. 808/1998, in *Foro amm.*, 1998, pp. 2877 ss.: la fattispecie sottoposta alla cognizione del Collegio riguardava l'atto di un Provveditore, il quale, dopo aver ritenuto illegittima l'inclusione in graduatoria di un dipendente, ha «decretato la non valutabilità del servizio pregresso» ed «ha pertanto disapplicato gli atti amministrativi in presenza dei quali il servizio doveva ritenersi legittimamente prestato». Il giudice ha premesso che «di regola, l'Amministrazione non può disapplicare i propri atti», fatta «salva l'ipotesi estrema che essi debbano considerarsi nulli per carenza dei requisiti essenziali». E a tal proposito – in maniera alquanto criptica – ha poi osservato «che la verifica della nullità degli atti amministrativi non avviene alla stregua dell'art. 1418 c.c., ma solo per vizi formali insanabili dell'atto, che possono ingenerare incertezza sulla stessa provenienza dall'Autorità Amministrativa, o quando la norma espressamente sanziona la nullità di determinati atti in relazione al difetto di determinati requisiti».

⁶¹ Alla fine degli anni '70, nel mentre la sez. VI del Consiglio di Stato (cfr. la nota precedente) ammetteva la configurabilità dell'atto amministrativo nullo, la sez. V, in una decisione coeva, la metteva in dubbio, ricordando che, nell'affrontare la «ben nota problematica della configurabilità o meno, nel nostro diritto amministrativo, della nullità fra le cause di invalidità dell'atto amministrativo», «si è ritenuto che nel nostro sistema esista una sola figura di invalidità dell'atto amministrativo, l'annullabilità, alla quale in sostanza dovrebbe-

dato l'orientamento secondo cui l'atto nullo fosse incapace sin dall'origine di produrre effetti: non a caso, della nullità degli atti amministrativi si era occupata (quantomeno sino alla fine degli anni '70) solamente la Corte di Cassazione, proprio alla luce del fatto che l'atto nullo (al pari di quello inesistente) non potesse comportare la degradazione del diritto soggettivo, le relative controversie, di conseguenza, dovendosi incardinare dinanzi al G.O. (tranne nei casi di giurisdizione esclusiva).

Tale orientamento comincia a mostrare i primi 'cedimenti' in virtù della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/1992⁶², nella quale il giudice amministrativo, occupandosi della reiterazione degli incarichi a termine nel pubblico impiego, ha ammesso senza incertezze la configurabilità dell'atto amministrativo nullo – fino ad allora, come visto, piuttosto discussa dal G.A. –, spiegando il fondamento della diversità di regime giuridico tra annullabilità e nullità, le quali (gli) «appaiono come il risultato di tecniche normative fondate su piani d'interessi differenti e ispirate a logiche diverse». Ad avviso del Collegio, a fronte della ipotesi in cui vi è un «provvedimento non conforme a legge idoneo a ledere anche interessi particolari», che per questo sarà illegittimo, ve ne è un'altra in cui «la situazione è ribaltata perché il provvedimento non conforme a legge favorisce il singolo, attribuendogli utilità che non gli spettano e lede,

ro ricondursi tutti quei casi che altri, erroneamente, avrebbero qualificato nullità» (sez. V, n. 296/1979, in *Foro amm.*, 1979, pp. 1198 ss., p. 1199). Sull'incerto percorso della giurisprudenza amministrativa in materia di nullità, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., osservava – come già riferito, *retro*, alla nota 37 – che «la giurisprudenza del Consiglio di Stato non ha mai riconosciuto l'esistenza di una figura qualificabile come nullità (anche se ogni tanto vi è qualche decisione che ne parla) ed ha sempre interpretato il linguaggio dei testi normativi in cui si dicevano "nulli" questi o quegli atti nel senso che si trattasse di annullabilità» (p. 302).

⁶² In *Foro amm.*, 1992, p. 319, nonché in *Foro it.*, 1993, III, c. 30, con nota di S. CASSESE dal titolo *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*.

con effetti continuativi, principalmente interessi pubblici»: in quest'ultimo caso «la qualificazione di illegittimità, vuoi per la presumibile mancanza di soggetti legittimati all'impugnazione, vuoi per le non improbabili remore dell'autorità emanante ad esercitare i poteri di autotutela prima della convalida dell'atto per decorso del tempo, non è idonea allo scopo»⁶³.

⁶³ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, al fine di evidenziare l'importanza della decisione che sancisce definitivamente l'ingresso della nullità nel sistema di invalidità dell'atto amministrativo, ricorda che «il diritto amministrativo nasce, in Francia e in Italia, come un diritto speciale, sottoposto a regole diverse da quelle dei rapporti tra privati. Questo perché al potere pubblico viene riconosciuto un sovrappiù di poteri, quella che gli inglesi chiamano la "prerogativa della corona". Sulla base di questo criterio, si è affermata l'idea che non si potesse dare luogo a nullità del provvedimento amministrativo. Questo, anche se illegittimo, è efficace (cosiddetto *privilege du préalable*). Produce i suoi effetti, finché non venga annullato. Ragion per cui nel diritto amministrativo vi è cittadinanza per l'annullabilità, non per la nullità. L'atto del principe non può nascere viziato: questa è l'ultima barriera della specialità. Questa nozione, prevalsa fino ad oggi, è stata dedotta da principi, perché non era sancita da norme. Ora, il Consiglio di Stato vieta a chiare lettere di dedurre da principi generali, che risalgono ai privilegi del principe, l'inesistenza della nullità. Per il Consiglio di Stato, quando il legislatore dispone che un atto (per esempio l'assunzione di un precario) sia nullo, l'interprete deve comportarsi da giurista positivo, leggere le parole del legislatore» (c. 32). Ad avviso dell'A., il Consiglio di Stato, sostenendo che «è una scelta dell'ordinamento (cioè di diritto positivo) stabilire se un atto è nullo o annullabile [così] scegliendo, di volta in volta, quale interesse non mettere al riparo del potere amministrativo, perché in contrasto con i valori fondamentali del sistema», afferma un «principio di diritto sostanziale, rovesciando una delle basi del diritto amministrativo» (c. 32). Una simile operazione ermeneutica – continua l'A. – il medesimo organo giurisdizionale l'aveva fatta circa quarant'anni prima, «quando ha dichiarato che il principio di esecutorietà dei provvedimenti amministrativi è di stretto diritto positivo. In passato, infatti, si riteneva che il provvedimento fosse esecutorio per un principio generale (contro il quale combattette Dicey nel secolo scorso, e sul quale richiamava l'attenzione, dopo aver letto Dicey nella traduzione francese del 1902, Santi Romano) che differenzia il diritto amministrativo da quello privato» (c. 32. Corsivo di chi scrive). Sul progressivo spazio conquistato dalla nullità nel sistema dell'invalidità dell'atto amministrativo tanto nella legislazione, quanto nell'elaborazione giuri-

Proprio «lo spostamento del fulcro della garanzia dal polo privatistico a quello pubblicistico dell'esercizio del potere [dà] luogo a quella qualificazione giuridica di "illegittimità forte" che è la nullità in senso tecnico», la cui principale «conseguenza sostanziale» è rappresentata dal fatto che l'atto costitutivo del rapporto di pubblico impiego «è improduttivo [...] di qualsiasi effetto giuridico». Ciò nondimeno, se, da un lato, «l'interessato non può invocare la costituzione di un rapporto di pubblico impiego [...] come titolo per la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato», da un altro, «i fatti e le attività storicamente verificatesi a seguito del negozio nullo possono [...] produrre limitate e autonome conseguenze»⁶⁴. Di talché, il Collegio, sulla scorta di tale presupposto concettuale, ritiene che il ricorrente «possa invocare [...] la costituzione di un rapporto lavorativo di fatto con le conseguenze favorevoli di cui all'art. 2126 c.c.», per il quale «la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità non si risolve necessariamente in illiceità del rapporto stesso».

Attraverso una siffatta conclusione il giudice, oltre a sgombrare definitivamente il campo dai dubbi circa la inclusione della nullità tra le forme di invalidità dell'atto amministrativo, sembra riconoscere la diversità concettuale delle figure di inesistenza e nullità, per certi versi 'avvicinando' quest'ultima, anche se solo sotto il profilo degli effetti, all'annullabilità: ad avviso del Consiglio di Stato, in primo luogo, l'atto affetto da nullità (a differenza di un atto inesistente, che neppure può essere qualificato come atto) è in grado di generare un rapporto, alcune conseguenze giuridiche del quale possono essere 'sopportate'

sprudenziiale (prima civile e poi, molto più di recentemente, anche amministrativa) si vedano le articolate ricostruzioni di R. CARANTA, *L'inesistenza cit.*, pp. 105 ss. e 167 ss., e di A. BARTOLINI, *La nullità cit.*, pp. 36 ss.

⁶⁴ Corsivo di chi scrive.

dall'ordinamento; in secondo luogo, fintantoché la nullità non viene accertata e dichiarata, l'atto è capace di produrre effetti così come lo è (pur se non nella stessa misura) quello annullabile.

Insomma, sebbene la nullità, in quanto principalmente funzionalizzata a rafforzare la tutela del principio di legalità, conservi il suo tipico regime giuridico⁶⁵, è possibile, se la legge espressamente lo prevede, far salvi alcuni effetti che l'atto nullo ha prodotto: in altra occasione, infatti, il Supremo Collegio amministrativo – occupandosi di verificare se il divieto di assunzione di nuovo personale per gli Enti locali (previsto dall'art. 5, D.L. n. 322/1978) impedisse *ab origine* la costituzione del rapporto di lavoro – osserva che «la nullità non si risolve necessariamente in illiceità del rapporto», concludendo che, nonostante il rapporto sia nullo, al lavoratore vadano riconosciute «tutte le conseguenze retributive e previdenziali connesse»⁶⁶.

⁶⁵ Secondo l'Adunanza Plenaria, n. 5/1992, in *Foro amm.*, 1992, p. 330, il vizio dell'atto di assunzione *contra legem* è «rilevabile da chiunque – e d'ufficio –, imprescrittibile e insanabile».

⁶⁶ Ancora Adunanza Plenaria, n. 5/1992 cit., la quale precisa che la tutela delle prestazioni già effettuate dal lavoratore è ammissibile fintanto che «il contratto nullo che ha reso di fatto possibili tali prestazioni non urti, con la partecipazione di entrambi i contraenti, contro indirizzi vitali per l'integrità dell'ordinamento; sicché risulta inopportuno attribuire a chi si è reso partecipe di tale *vulnus* una qualsiasi utilità». Sulla medesima fattispecie il Consiglio di Stato si esprime in altre occasioni in maniera maggiormente chiara, così come nella decisione della sez. IV, n. 1190/1996, in *Foro amm.*, 1996, p. 3190, dove si sostiene che «la nullità in senso tecnico dell'atto amministrativo, intesa come “illegittimità forte” di tale atto (e quindi diversa dalla mera illegittimità, che è la qualificazione tradizionale del provvedimento non conforme a legge), risponde all'esigenza di tutela della legalità, con spostamento della garanzia dal polo privatistico a quello pubblicistico, nei casi in cui il provvedimento non conforme a legge favorisce il singolo, (nella specie, inquadramento senza disponibilità di posti in organico) attribuendogli utilità che non gli spettano, e lede con effetti continuativi principalmente interessi pubblici, con la conseguenza che la qualificazione di illegittimità, sia per la presumibile mancanza di soggetti legittimati all'impugnazione sia per l'improbabile esercizio da parte dell'amministrazione di poteri di autotutela, non

Negli anni seguenti, l'impostazione interpretativa appena richiamata trova massiccia applicazione nelle controversie riguardanti il pubblico impiego. Per quanto invece riguarda l'atto privo (di almeno uno) dei suoi elementi (considerati essenziali, la giurisprudenza continua a prospettare la «nullità assoluta ed insanabile», la quale, si «verifica», non solo nel caso «che manchi totalmente di taluno degli elementi essenziali destinati *ex lege* a costituirlo», ma pure «nel caso di assoluta carenza di potere dell'amministrazione emanante, che abbia invaso la sfera di pertinenza di altra autorità»⁶⁷.

Dalla analisi della giurisprudenza amministrativa precedente la riforma della L. 241/1990 avvenuta ad opera della L. 15/2005, sembra potersi concludere che l'atto nullo, di regola, è considerato improduttivo di effetti, a meno che esista una disposizione che permetta di far salvi alcuni 'risultati' che lo stesso ha reso possibili.

Tuttavia, al di fuori delle previsioni normative che espressamente riconoscono la possibilità di 'conservare' gli effetti generati dall'atto nullo, non mancano casi in cui il giudice (quasi sempre quello ordinario), rilevando l'interesse del ricorrente ad ottenere la dichiarazione di nullità dell'atto amministrativo⁶⁸, arriva a disapplicar-

sarebbe idonea alla tutela della legalità. Ne consegue che tale nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ed anche essere rilevata di ufficio dal giudice (ex art. 1421 c.c.), in quest'ultima ipotesi solo se sia in contestazione l'applicazione e l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenta un elemento costitutivo della domanda, stante il divieto di pronunce “*ultra petita*”.

⁶⁷ Così Consiglio di Stato, sez. V, n. 166/1998 cit., il quale, più in generale, afferma che «i provvedimenti amministrativi debbono qualificarsi nulli o inesistenti solo nelle ipotesi in cui espressamente siano qualificati tali dalla legge, ovvero siano stati emanati in contrasto con le statuizioni contenute in una pronuncia giurisdizionale passata in giudicato, oppure siano emanati da un ente territoriale ed abbiano efficacia eccedente l'ambito territoriale di tale ente».

⁶⁸ La giurisprudenza civile sulla tutelabilità della posizione giuridica soggettiva del cittadino di fronte ad un atto amministrativo nullo è piuttosto risalente: cfr., ad esempio, Cassazione civile, n. 2509/1967, in *Foro amm.*, I, 1968, p. 116.

lo⁶⁹, persino in sede cautelare⁷⁰ – sede nella quale il G.A. (sebbene solo di recente e segnatamente a seguito dell'entrata in vigore del *Codice del processo amministrativo*) è giunto addirittura a 'correggerne' il contenuto per mitigarne la forza lesiva⁷¹ –, riconoscendogli così, in maniera tutt'altro

che equivoca, la capacità di incidere nella sfera giuridica del suo destinatario⁷².

In definitiva, in diversi casi (nella maggior parte dei quali, però, la fattispecie è disciplinata da una

⁶⁹ Cfr. Cassazione civile, sez. II, n. 11265/1990, in *Foro it.*, 1990, I, p. 3396, nella quale – premettendo che «dal sistema della legge 16 giugno 1927 n. 1766 e del relativo regolamento approvato con r.d. 26 febbraio 1928 n. 332 risulta in modo chiaro che dopo il passaggio dall'originario regime dell'assoluta indisponibilità alla nuova disciplina del 1927 non è possibile vendere o mutare destinazione di beni civici se non c'è stata precedente assegnazione e categoria di beni», e che pertanto «l'atto di assegnazione è elemento di accertamento costitutivo del regime normativo dei beni del demanio civico, i quali fino a quando non ne sia stata determinata, con atto formale e nelle forme di legge la categoria di appartenenza restano assoggettati al divieto assoluto di alienabilità» – si afferma che «qualsiasi provvedimento che autorizzi vendite o mutamenti di destinazione (decreto ministeriale ed ora a seguito del D.P.R. n. 616 del 1977 di trasferimento delle competenze ministeriali alle regioni di queste) è nullo e da disapplicare se emesso al di fuori della fattispecie legislativa e mancante del presupposto dell'antecedente assegnazione a categoria» (corsivo di chi scrive). La disapplicazione degli atti amministrativi nulli e/o inesistenti è stata ritenuta ammissibile pure dal Tar Campania - Napoli, sez. II, n. 808, cit. (v. *retro* nota 60), così come, in maniera decisamente più frequente, dal giudice penale (da ultimo, tra le tantissime pronunce, si v. Cassazione penale, sez. III, n. 770/2010, in *Riv. giur. edilizia*, nn. 2-3, 2011, p. 764). Sul potere di disapplicazione dell'atto nullo (e/o inesistente) da parte del giudice penale si veda la (breve) ricostruzione giurisprudenziale effettuata dalla sez. IV del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5799/2011, *infra*, alla nota 90.

⁷⁰ Ne è esempio l'ordinanza 21/12/1998 della Pretura di Perugia, in *Gior. dir. amm.*, n. 10, 1999, p. 955, con commento di S. BATTINI, *La trasformazione delle fonti nel lavoro pubblico: le prime (deludenti) prove del Giudice ordinario*, pp. 957 ss., con la quale, ritenendo nullo l'art. 13 del CCN decentrato del 19/12/1997 (considerato avente natura di atto amministrativo), il giudice l'ha «disapplicato [...] in virtù di quanto previsto dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E».

⁷¹ È quello che accade con l'ordinanza n. 1276/2012 della sez. VI del Consiglio di Stato, che, in sede di esecuzione del giudicato cautelare *ex art.* 59 del Codice del processo amministrativo, sostenendo che «il termine di 90 giorni fissato dall'Università appellata per l'esecuzione della predetta ordinanza risulta eccessivamente lungo in relazione alla tutela

degli interessi del ricorrente» – così ritenendo l'atto amministrativo elusivo del giudicato cautelare, e quindi nullo *ex art.* 21-septies, L. 241/1990 –, nell'accogliere la domanda dell'appellante, ritiene di «dovere ridurre il suddetto termine a trenta giorni, decorrenti dal perfezionamento della notificazione della presente ordinanza». Non è ben chiaro se il Collegio riduca il termine fissato nell'atto gravato con l'ordinanza cautelare, così 'modificando' l'atto amministrativo impugnato, oppure ordini all'amministrazione di ridurlo. Tuttavia, ai fini del tema in parola, questo aspetto è ben poco rilevante: quel che interessa, infatti, è che il giudice abbia ritenuto immediatamente lesivo un atto nullo, che, secondo la tesi tradizionale, dovrebbe essere improduttivo di effetti *ab origine*, tanto da 'impedire' di usare il potere cautelare, in quanto giuridicamente inutile.

⁷² In merito alla disapplicazione ed alla sospensione degli atti nulli si rinvia alla ricognizione giurisprudenziale svolta da A. BARTOLINI, *La nullità cit.*, pp. 118 ss., il quale – nel rammentare che «per definizione, con la sospensiva giurisdizionale viene (in via cautelare) messa in uno stato di quiescenza l'esecutività (ovvero l'attitudine concreta della fattispecie a produrre effetti giuridici); con la disapplicazione, invece, l'atto impugnato viene privato degli effetti relativamente al caso dedotto in giudizio» –, afferma che «le figure della sospensione e della disapplicazione degli atti nulli, se lette nell'ottica tradizionale, sembrano essere un vero e proprio paradosso giuridico» (119-120). Invero – conclude l'A – «la sospensione e la disapplicazione delle fattispecie nulle non dovrebbero essere disposte, in quanto le medesime per definizione sono improduttive di effetti. L'approccio teorico, pertanto, dovrebbe portare alla conclusione che non è possibile disapplicare e sospendere le fattispecie nulle, essendo improduttive di effetti» (120). Tale tesi trova grande seguito in dottrina: tra gli altri, particolarmente chiare sono le parole di E. CANNADA BARTOLI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti* (Atti del convegno organizzato dall'ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997), pp. 145 ss., il quale, dopo aver chiarito che «disapplicare significa considerare un atto o provvedimento amministrativo efficace ma illegittimo come irrilevante riguardo ad una determinata fattispecie per la produzione di un dato effetto giuridico [risultandone così] un impedimento alla produzione dell'effetto, non l'estinzione dell'efficacia dell'atto», perentoriamente afferma che «la disapplicazione non può concernere atti nulli» (p. 146).

norma che fa salvi, almeno in parte, gli effetti generati da atti nulli) la giurisprudenza riconosce all'atto amministrativo nullo (a volte qualificato inesistente) capacità di produrre effetti, per inibire i quali, dunque, si rende necessario che il soggetto che si ritiene leso utilizzi gli strumenti di 'reazione' approntati dall'ordinamento. Per cui non sembra scorretto sostenere che, nonostante non possa disconoscersi che la nullità sia dotata di un regime giuridico particolare rispetto a quello proprio della annullabilità, le due forme di invalidità in parola, quantomeno sotto il profilo della capacità dell'atto amministrativo di produrre effetti fintantoché non intervenga il giudice ovvero l'amministrazione, sono considerate da parte della giurisprudenza – a dir così – più simili, o, almeno, non completamente diverse.

Tale conclusione, allo stato della giurisprudenza precedente la novella del 2005, non sembra essere estendibile ai casi di nullità (e/o inesistenza) per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, la quale viene ritenuta «assoluta ed insanabile»⁷³.

L'avvento della L. 15/2005 e la espressa previsione della possibile comminazione della nullità nel caso in cui l'atto amministrativo manchi di uno dei suoi elementi essenziali, faceva presumere che la giurisprudenza si sarebbe occupata più spesso, e soprattutto in maniera meno incerta, da un lato, della struttura dell'atto – è parso da subito evidente che solo addivenendo alla sua compiuta definizione sarebbe stato possibile dare una concreta applicazione all'ipotesi di nullità in parola –, e, da un altro, del regime giuridico della nullità.

Le aspettative sono andate, invece, in larga parte deluse, le conclusioni cui la giurisprudenza giunge a seguito della novella del 2005 essendo più o meno le medesime cui essa era pervenuta in precedenza.

Invero – come già si è avuto modo di rilevare⁷⁴ – a fronte di una 'produzione' giurisprudenziale piuttosto copiosa sull'art. 21-septies, sono poche le decisioni che hanno ad oggetto gli elementi essenziali dell'atto amministrativo.

In tali pronunce quel che appare pacifico è che, sebbene la norma faccia espresso riferimento solo al provvedimento, il difetto di uno degli elementi essenziali è causa di nullità di ogni tipo di atto amministrativo⁷⁵. Ma questo è uno dei pochissimi aspetti incontestati; per il resto la 'lettura' del tema degli elementi essenziali è stata faticosa quanto quella precedente alla L. 15/2005.

Nonostante fosse lecito attendersi un sforzo ricostruttivo più vigoroso, insomma, la giurisprudenza si è quasi sempre limitata a fornire una mera elencazione degli elementi ritenuti essenziali dagli orientamenti dottrinali tradizionali, affermando, ad esempio, che quelli «destinati» a costituire l'atto amministrativo sono «soggetto, oggetto, volontà e forma»⁷⁶.

⁷⁴ Sia consentito rinviare nuovamente ad A. DE SIANO, *La problematica individuazione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo* cit.

⁷⁵ In merito si è infatti affermato che «la previsione in questione, pur essendo riferita agli atti provvedimentali, deve essere estesa a tutti gli atti amministrativi anche a quelli privi di valenza provvedimentale, essendo del tutto illogico che le due specie di atti possano subire conseguenze sanzionatorie differenziate in presenza di vizi identici ed identicamente idonei a ledere gli stessi valori giuridici protetti» (Tar Liguria, sez. II, n. 169/2007).

⁷⁶ Consiglio Stato, sez. IV, n. 2273/2007. Fra gli elementi in parola la giurisprudenza amministrativa nella quasi totalità delle decisioni si è dovuta occupare del soggetto. Più raramente la sua attenzione si è focalizzata sull'oggetto, il quale – conformemente all'orientamento precedente alla novella del 2005 ed alla interpretazione fornita dalla dottrina – è stato definito la «porzione di realtà giuridica e materiale su cui l'atto incide» (dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 4522/2008), ovvero la «'res' (il bene, la persona, o [...] un altro atto) su cui l'atto amministrativo produce i propri effetti» (Tar Puglia - Bari, sez. III, n. 3740/2006). Nella sentenza n. 4522/2008 cit., il Consiglio di Stato ha osservato che, al pari degli altri elementi essenziali dell'atto, «neppure l'oggetto del provvedimento amministrativo è esplicitamente definito dalla legge». Del resto – aggiunge – ai fini della sua determinazione con-

⁷³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 166/1998 cit.

Tale elencazione però non sembra essere considerata esaustiva: infatti, si è sostenuto che il «provvedimento amministrativo può considerarsi assolutamente nullo o inesistente solo nelle ipotesi in cui esso sia espressamente qualificato tale dalla legge oppure manchi di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario *ex lege* a costituirlo, quali *possono essere* la radicale carenza di potere da parte dell'Autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario»⁷⁷.

Come nella giurisprudenza *ante* riforma, l'incertezza circa la loro identificazione discende soprattutto dalla lacunosa ricostruzione della struttura dell'atto amministrativo, la quale impedisce anche di attribuire un significato giuridico ben determinato alla espressione «elementi essenziali».

A questo riguardo, nelle decisioni sull'art. 21-septies si registra una diffusa reticenza, solo in un paio di pronunce rinvenendosi un tentativo di ascrivere a detta espressione un contenuto giuridico preciso. Elemento essenziale dell'atto amministrativo è ritenuto quello «necessario *ex lege* a costituirlo»⁷⁸, ovvero quello la cui «presenza è indispensabile per dare giuridicamente vita all'atto»⁷⁹.

tenutistica appare inutile anche la «prospettiva civilistica», in quanto «la categoria generale dell'oggetto del contratto non è precisata in sede legislativa e, in via interpretativa, essa è delineata secondo prospettive teoriche molto diverse». Con riguardo a tale decisione si v. il commento di C.E. GALLO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Urb. app.*, n. 2, 2009, pp. 190 ss.

⁷⁷ Tar Sardegna, sez. II, n. 1384/2005 (corsivo di chi scrive). Nello stesso senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 948/1999.

⁷⁸ Ancora Tar Sardegna, sez. II, n. 1384/2005 cit.

⁷⁹ Tar Puglia - Bari, sez. III, n. 3740/2006 cit. Invero, l'espressione 'elementi essenziali' è utilizzata dalla giurisprudenza per indicare non solo gli elementi che occorrono per evitare di incorrere nella nullità *ex lege* prevista, ma anche quelli necessari alla sua piena conoscenza. Infatti, affinché decorra il termine decadenziale per l'impugnazione, la piena conoscenza non si raggiunge «dopo aver conosciuto l'atto in tutti i suoi elementi, essendo sufficiente che [il ricorrente] sia stato edotto di quelli essenziali, quali l'autorità

Dalla scarna elaborazione giurisprudenziale sembrerebbe che l'atto amministrativo mancante di uno degli elementi essenziali sia un atto giuridicamente 'mai nato', cioè facente parte del giuridicamente irrilevante, e quindi considerato alla stregua di un atto (non nullo bensì) inesistente. Ma l'elemento «necessario» alla 'nascita' dell'atto amministrativo è quello qualificato come tale «*ex lege*». Sicché, nel silenzio della legge, si torna di nuovo al punto di partenza.

Proprio dalla difficoltà di definire gli aspetti strutturali dell'atto amministrativo in assenza di un dato normativo espresso consegue l'utilizzazione di criteri diversi per comprendere quali elementi possano annoverarsi tra quelli indispensabili per renderlo giuridicamente idoneo a produrre effetti⁸⁰.

La giurisprudenza, a volte, ha preso come paradigma di riferimento la disciplina civilistica: invero, «in assenza di una esplicita indicazione legislativa degli elementi essenziali del provvedimento, è possibile sviluppare una lettura interpretativa della disposizione [di cui all'art. 21-septies, L. n. 241/1990], modellata sulle nozioni sostanziali di derivazione civilistica, concernenti il contratto e il negozio giuridico»⁸¹. Altre volte (anzi molto più spesso) il metodo seguito per la loro individuazione nemmeno è esplicitato, mentre, sebbene in casi isolati, ne è stato utilizzato

amministrativa che l'ha emanato, la data, il contenuto dispositivo e, soprattutto, il suo effetto lesivo» (Tar Liguria, sez. I, n. 192/2010). Sicché, la giurisprudenza 'conosce' una doppia tipologia di elementi essenziali dell'atto amministrativo: una prima, la quale reca in sé gli elementi ritenuti indispensabili affinché l'atto sia giuridicamente idoneo a produrre effetti; una seconda, di natura e con finalità – a dir così – processuali, che consta degli «elementi sufficienti "a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, avendo egli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento"» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 5639/2009).

⁸⁰ Del medesimo avviso è il Tar Puglia - Bari, sez. III, n. 3740/2006 cit., ad opinione del quale gli elementi essenziali «sono descritti secondo criteri differenti, a seconda delle diverse teorie sulla struttura dell'atto amministrativo».

⁸¹ Così Consiglio di Stato, sez. V, n. 4522/2008 cit.

uno piuttosto 'singolare': di recente, al fine di stabilire quando possa configurarsi la nullità per mancanza degli elementi essenziali dell'atto, si è sostenuto che «appare evidente come la stessa richieda una sua agevole conoscibilità in concreto, attraverso un mero riscontro estrinseco del deficit dell'atto rispetto al suo paradigma legale (ad es.: mancata indicazione dell'autorità emanante, assenza del dispositivo o della motivazione; mancanza assoluta, in senso strutturale, dell'oggetto) [essa] potendosi configurare solo nei limitatissimi casi in cui il difetto strutturale dell'atto sia immediatamente percepibile ed accertabile dall'esterno»⁸².

Come riferito, i dubbi interpretativi della giurisprudenza si estendono oltre la identificazione degli elementi essenziali, essi riguardando, tra l'altro, anche le conseguenze ricollegabili al loro difetto.

Ed infatti, mentre non appare revocabile in dubbio che «le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso»⁸³, residua ancora una evidente incertezza sulla qualificazione da attribuirsi

all'atto amministrativo che manchi di un elemento essenziale.

Segnatamente, benché nelle decisioni sull'art. 21-septies quasi sempre si rinvienga un richiamo letterale della norma in parola (la quale stabilisce la 'sanzione' della nullità), il frequente riferimento anche alla inesistenza non rende chiaro se per il giudice amministrativo i termini nullità ed inesistenza (quantomeno in riferimento all'atto amministrativo) siano o meno coincidenti.

In alcuni casi, essi sembrano essere considerati come sinonimi, quando – nel mentre si dichiara che «non può parlarsi di inesistenza dell'atto allorché si discuta dei vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo» – si è sostenuto che l'atto amministrativo «può considerarsi *nullo o inesistente* solo nelle ipotesi in cui esso sia espressamente qualificato tale dalla legge oppure manchi di un elemento essenziale dell'atto stesso»⁸⁴.

In altri casi, il rapporto tra nullità ed inesistenza appare ancor meno chiaramente definito: ciò accade quando si sostiene – è l'avviso di un orien-

⁸² Tar Sicilia - Catania, sez. I, n. 1006/2012, il quale fa proprio l'orientamento espresso altrettanto recentemente dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 792/2012.

⁸³ Consiglio di Stato, sez. V, n. 1498/2010, il quale ha riformato la decisione del Tar Emilia Romagna - Bologna, n. 26/2009 – che aveva dichiarato nullo un contratto integrativo di una concessione, «in quanto l'affidamento senza gara configura una causa di nullità del contratto per violazione di norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, del codice civile» – ritenendo che «la norma, introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, tra le varie opzioni possibili - ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto amministrativo tutte le ipotesi di nullità (testuale, strutturale e virtuale) previste dall'articolo 1418 del codice civile e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi - ha scelto la soluzione di compromesso, ossia quella di escludere la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa». In merito al '*numerus clausus*' delle cause di nullità dell'atto amministrativo si v. altresì, più di recente, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1983/2011, e, in precedenza, sez. VI, n. 6831/2006 e n. 2623/2008.

⁸⁴ Tar Sardegna, sez. II, n. 1384/2005 cit., il quale ha ulteriormente precisato la distinzione tra cause di annullabilità e di nullità/inesistenza, affermando che il vizio riguardante le modalità di esercizio del potere «non attiene all'esistenza dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi comportamenti, e quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'Autorità» (corsivo di chi scrive). Sempre in merito al rapporto tra nullità ed annullabilità, ma sotto il profilo della 'specialità' della ricorrenza della prima (rispetto alla seconda) come forma invalidante dell'atto amministrativo, si v. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3173/2007, il quale, conformemente alla ricostruzione giurisprudenziale tradizionale (per la quale cfr., *retro*, la nota 60), osserva che «deve tenersi presente che nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità».

tamento giurisprudenziale «più rigoroso»⁸⁵ – che la mancanza di sottoscrizione può comportare «la inesistenza o quantomeno la nullità dell'atto amministrativo»⁸⁶. Tale rapporto, viceversa, è ben determinato nel caso in cui la mancanza della sottoscrizione viene considerata causa di nullità, laddove «più difficilmente, invece, potrebbe parlarsi di inesistenza, dal momento che, nel caso di specie, certamente sussiste il substrato materiale e l'apparenza di provvedimento, donde fuori luogo sarebbe predicarne l'inesistenza, quanto meno sotto il profilo materiale»⁸⁷.

In altri casi ancora, la perentoria presa di posizione in favore della nullità non lascia spazio ad alcun riferimento alla categoria della inesistenza: correttamente (quantomeno rispetto al dato normativo di cui si fa applicazione) si è sentenziato che «la gravità delle patologie elencate dall'articolo 21-septies comporta che l'atto sia, in radice, inidoneo a produrre effetti giuridici»; e proprio la «assoluta inidoneità strutturale dell'atto comporta che l'interessato possa fare accertarne la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna»⁸⁸.

⁸⁵ Al quale si opporrebbe un orientamento «meno rigoroso che consente di escludere la nullità dell'atto quando la mancanza della sottoscrizione non impedisca comunque la individuazione dell'autore». In merito all'elaborazione giurisprudenziale avente ad oggetto la sottoscrizione quale elemento essenziale dell'atto amministrativo e sulla figura patologica che dovrebbe conseguire alla sua mancanza sia consentito rinviare ancora ad A. DE SIANO, *La problematica individuazione* cit., pp. 402 ss.

⁸⁶ Tar Liguria, sez. II, n. 169/2007 cit., corsivo di chi scrive.

⁸⁷ Così Tar Veneto, sez. II, n. 2883/2009, dove il giudice attribuisce rilevanza giuridica all'atto sulla scorta della sua esistenza materiale. Anche il Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5622/2009, e più di recente il Tar Puglia - Lecce, sez. I, n. 825/2011, ed il Tar Sicilia - Catania, sez. I, n. 2883/2011, hanno sentenziato la nullità dell'atto privo di sottoscrizione, ritenendo quest'ultima un suo elemento essenziale.

⁸⁸ Così Consiglio di Stato, sez. V, n. 2872/2008. L'imprescrittibilità dell'azione di nullità – ad avviso del Collegio – è diretta derivazione del fatto che il regime giuridico dell'atto amministrativo nullo «è sostanzialmente riconducibile

Insomma, neppure la giurisprudenza successiva al 2005 è riuscita a fornire un percorso argomentativo sufficientemente persuasivo sul tema degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, sia in merito alla loro individuazione, sia per quanto riguarda la relativa forma di invalidità (al di là – come ovvio – del mero richiamo alla disposizione che ne prescrive la nullità).

Tuttavia, di recente, la Sezione IV del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5799/2011, occupandosi dell'esercizio del potere di ordinanza «in deroga» disciplinato dalla L. 225/1992, si è a lungo intrattenuta sulla nullità dell'atto amministrativo, dando modo all'interprete di provare ad individuare alcune differenze con la figura della inesistenza.

Nella complessa fattispecie oggetto di giudizio⁸⁹, il Comune di Roma, ritenendo nullo un titolo abilitativo rilasciato dal Commissario delegato per lo svolgimento dei mondiali di nuoto "Roma 2009", adotta una nota nella quale afferma la propria competenza a rilasciare i titoli autorizzatori di natura edilizia ex art. 14, D.P.R. 380/2001.

Il Tar del Lazio, sembrando ritenere equivalenti le figure di nullità ed inesistenza (quantomeno in riferimento all'atto amministrativo), aveva deciso per la legittimità dell'atto adottato dal Comune di Roma, affermando che «correttamente

bile ai principi del diritto comune. Ne consegue così che l'atto (se non ne è possibile la conversione) non è assoggettabile a sanatoria ex art. 1423 c.c., che la nullità è rilevabile d'ufficio e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, che non è soggetta a prescrizione e decadenza e va solo dichiarata senza che ne conseguano effetti costitutivi» (così sez. V, n. 4845/2008, e in precedenza n. 4136/2007). Tuttavia, tale orientamento è (quantomeno) in parte destinato a mutare, in quanto il Codice del processo amministrativo, all'art. 31, co. 4, prevede che «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può essere sempre opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice». Della medesima opinione è Consiglio di Stato, sez. V, n. 5799/2011 (cfr., *infra*, nota 98).

⁸⁹ Decisa in primo grado dal Tar Lazio - Roma, sez. I, n. 906/2011.

l'amministrazione comunale con l'atto impugnato ha sostanzialmente ritenuto *tamquam non esset* il provvedimento del Commissario delegato (provvedimento che non è stato dedotto in giudizio).

Il giudice di appello, al fine di comprendere tanto l'aspetto «relativo al potere del giudice (ed ai suoi limiti) di rilevare d'ufficio la nullità di un atto amministrativo (profilo che, peraltro, non ha formato oggetto di specifico motivo di impugnazione)», quanto quello «relativo alla rilevabilità in sede non giurisdizionale della nullità dell'atto», svolge una preliminare ricostruzione del tema della «invalidità dell'atto amministrativo sub specie di nullità» che – afferma – «non ha ancora ottenuto considerazioni acquisite da parte della giurisprudenza», prima descrivendo il contributo giurisprudenziale riguardante la nullità dell'atto amministrativo⁹⁰, e poi passando ad analizzare di quest'ultima la vigente disciplina sostanziale e processuale.

Proprio sulla scorta della disciplina processuale⁹¹, che secondo, l'interpretazione del Collegio, prevederebbe che «la rilevabilità d'ufficio della nullità [è] demandata solo al giudice», viene escluso che la nullità «possa essere rilevata ex officio dalla Pubblica Amministrazione (se non attraverso l'esercizio, ove ne ricorrano i presupposti, del potere di autotutela su atto proprio)»: in-

⁹⁰ Dopo aver ricordato il contributo offerto dall'Adunanza Plenaria n. 2/1992 cit., il Collegio richiama pure quello del giudice penale, il quale, «al fine di definire i limiti del proprio potere di disapplicazione», ha costruito «una sua nozione di nullità/inesistenza dell'atto amministrativo»: infatti, «già le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione (sent. n. 3/1987), nel restringere notevolmente l'ambito di esercizio del potere di disapplicazione del giudice penale, tuttavia lo ha ammesso nelle ipotesi di provvedimento rilasciato da organo assolutamente privo del potere di provvedere ovvero nel caso di atto giuridicamente inesistente o illecito. Successivamente, si è sostenuta la possibilità di sindacato incidentale da parte del giudice penale di fronte ad illegittimità dell'atto amministrativo "macroscopiche" (Cass. pen., sez. III, n. 4421/1996), ovvero "eclatanti" (sez. III, n. 11988/1997)».

⁹¹ Contenuta nell'art. 31, co. 4, c.p.a., così come già riferito, *retro*, alla nota 88.

vero, è solo il giudice amministrativo che «può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi», sempre che «tale declaratoria risult[i] funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio».

L'impossibilità della P.A. di considerare nullo l'atto amministrativo senza adire il giudice (oppure senza che abbia riesercitato il potere, ove ne esistano i presupposti), 'conduce' il Consiglio di Stato ad affermare che «il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari)». Questi ultimi, quindi, «non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e lo fosse improduttivo di effetti, ritenendo ovvero opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità»⁹².

⁹² Ciò vale – precisa il Collegio – «anche per la Pubblica Amministrazione, avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, ed avverso i quali la prima amministrazione non è titolare del potere di autotutela». Cosicché, in riforma della sentenza di primo grado, il Collegio sentenza che «il Comune di Roma non poteva, sul piano della concreta attività amministrativa, "semplicemente" considerare nullo, e quindi, "tamquam non esset" il provvedimento emanato dal Commissario delegato, così adottando la nota 11 gennaio 2010 (e motivando la stessa su tale presupposto), non essendo esso titolare, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento diverso dal giudice amministrativo, di un potere dichiarativo della sussistenza della nullità dell'atto amministrativo». Insomma, «laddove avesse ritenuto l'atto nullo, il Comune di Roma avrebbe dovuto adire il giudice per la declaratoria di nullità del medesimo». I corsivi delle ultime due citazioni nel testo sono di chi scrive. Nel 'rivedere' il tradizionale orientamento sull'efficacia dell'atto nullo, il Collegio omette di precisare se la declaratoria della nullità abbia o meno efficacia retroattiva. La norma di riferimento (l'art. 31, co. 4, c.p.a.), al pari di quella riguardante l'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), non si cura di specificarlo, il che, per quanto attiene alla pronuncia di annullamento, consente al Consiglio di Stato (sez. VI, n.

Sebbene affermi di «non voler entrare nella verifica della identità o diversità intercorrente tra i concetti di “nullità” del provvedimento amministrativo ed “inesistenza” del medesimo», il Collegio, attraverso le argomentazioni addotte a supporto della decisione, fornisce un contributo tutt’altro che insignificante alla definizione concettuale delle due figure.

Come visto, il G.A., in principio con l’Adunanza Plenaria n. 2/1992, aveva già riconosciuto all’atto nullo la capacità di produrre effetti giuridicamente validi, anche se siffatto orientamento ri-

2755/2011) di affermare che «la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l’esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento», precisando che «da un lato, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l’inevitabilità della retroattività degli effetti dell’annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l’art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e l’art. 34, comma 1, lett. a), del Codice del processo amministrativo). D’altro lato, dagli articoli 121 e 122 del Codice emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d’annullamento può comportare l’esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria autonomia». Sulla scorta di una siffatta interpretazione del dato normativo vigente, il giudice ritiene che «nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, [egli] deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell’ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regola iuris in concreto enunciata)». Le conclusioni e l’*iter* argomentativo riguardanti il potere di annullamento del G.A. possono ben estendersi anche alla declaratoria di nullità, i presupposti normativi, sotto il profilo sostanziale, essendo i medesimi. A ben riflettere, l’avvicinamento tra il regime effettuale della annullabilità e della nullità (lentamente, ma progressivamente) ‘promosso’ dal Consiglio di Stato perderebbe di pregnanza se anche il risvolto processuale delle due figure non fosse lo stesso. Comunque, anche se così non fosse, e dunque alla pronuncia di nullità si volesse (sempre) riconoscere efficacia retroattiva, difficilmente per il destinatario dell’atto nullo potrebbe aversi il medesimo risultato che questi otterrebbe se alla nullità si riconoscesse l’incapacità originaria di produrre effetti, in quanto – così come succede per l’esercizio del potere di annullamento – accade spesso che gli effetti già prodottisi non si possano completamente (o affatto) rimuovere.

maneva confinato quasi esclusivamente al pubblico impiego, il quale costituiva un ambito materiale in cui il ricorrente poteva invocare l’applicazione delle conseguenze favorevoli dell’art. 2126 c.c., che rende salve le prestazioni effettivamente svolte a prescindere dalla legittimità della costituzione del rapporto lavorativo.

Con la recente sentenza, invece, il Consiglio di Stato, prendendo le mosse proprio dagli esiti cui giunge l’Adunanza Plenaria nel 1992, attribuisce portata generale alla conclusione secondo cui (anche) l’atto nullo (al pari di quello annullabile) è idoneo a produrre effetti, così, da un lato, escludendo la possibilità che il soggetto pregiudicato da un atto siffatto (il quale, ancorché tale, «si impone unilateralmente ai suoi destinatari») possa disapplicarlo, in quanto, giusta il dato normativo vigente, ove si intenda inibire i suoi effetti è necessario rivolgersi al G.A. (l’unico dotato del potere di dichiararne la nullità, oltre alla P.A. in sede di riesercizio del potere⁹³); e, da un altro lato, fornendo una autorevole base giuridica alla giurisprudenza che ha fatto uso del potere di disapplicazione e di sospensione in riferimento all’atto nullo.

Ad avviso del Collegio – il quale, come riferito, utilizza quale paradigma normativo di riferimento soprattutto la disposizione processuale di cui all’art. 31 del c.p.a. –, una siffatta ricostruzione della figura della nullità dell’atto amministrativo risulterebbe «coerente con il disegno complessivo del legislatore, che – pur in presenza dell’introdotta istituzione della nullità – *ha inteso conciliare quest’ultima con il generale principio di imperatività dell’atto amministrativo, e, quindi, con la conseguente suscettività di produrre effetti da parte*

⁹³ Sulla configurabilità del quale rispetto ad un atto nullo manifesta dubbi il Tar Sicilia - Catania, sez. I, n. 1006/2012 cit., il quale definisce, per un verso, «discussa» e, per un altro, «atipica», l’«autotutela [...] avente ad oggetto attività nulla».

del provvedimento invalido (ma ancora non dichiarato tale)»⁹⁴.

In definitiva, così sentenziando, il Consiglio di Stato sembra definitivamente 'lasciarsi alle spalle' la tradizionale tesi (ancora largamente presente in dottrina⁹⁵, ma pure in giurisprudenza⁹⁶) se-

⁹⁴ Corsivo di chi scrive.

⁹⁵ Cfr., *retro*, la nota 49. Come si è già riferito, vi è comunque chi non dubita del fatto che l'atto nullo sia comunque in grado di produrre 'conseguenze' giuridicamente rilevanti. Tra questi si v. A. BARTOLINI, *La nullità cit.*, p. 118, secondo cui la nullità «non è [...] il mezzo che rende irrilevante il risultato: di converso, la nullità è la misura apprestata dall'ordinamento che impedisce alla fattispecie nulla e rilevante (essendo produttiva di risultati) di generare effetti giuridici. Insomma: la nullità non espunge il risultato dall'ordinamento, poiché, invece, cattura il risultato, rendendolo oggetto di un giudizio giuridico, per poi, infine, stringerlo e chiuderlo tra il mondo della rilevanza e quello della validità, dichiarandolo e rendendolo invalido (non conferendogli la dignità di effetto giuridico)». E «l'esistenza di misure di reazione contro la fattispecie nulla» – conclude l'A. – «dovrebbero consentire di rendere più persuasivo il discorso [...] intorno all'atto nullo, da intendersi come fattispecie rilevante produttiva di risultati» (p. 118). In precedenza anche E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, benchè ritenesse inesistenza e nullità come «sostanzialmente equivalenti», aveva affermato che non si può escludere che ad un atto nullo segua «un'attività esecutiva» (p. 392). Una siffatta possibilità conduce l'A. ad una precisazione circa il significato da attribuire al concetto di «inidoneità assoluta degli atti nulli (o giuridicamente inesistenti) a produrre effetti», per il quale bisogna intendere «inidoneità degli atti medesimi a sostenere pretese di loro esecuzione o di conservazione di effetti materiali che si siano verificati e che siano in fatto suscettibili di essere rimossi» (pp. 392-393). Del resto – continua l'A. – «se l'atto nullo non fosse in grado di avere alcun seguito reale, mancherebbe addirittura, in modo istituzionale, l'interesse ad agire per farne dichiarare la nullità» (p. 393).

⁹⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 792/2012 cit., ad avviso del quale l'atto nullo è radicalmente inefficace; nonché, per quanto riguarda la giurisprudenza del giudice di prime cure, Tar Lazio - Latina, sez. I, n. 946/2011, il quale ha dichiarato legittima l'ordinanza di demolizione di un fabbricato realizzato sulla scorta di una concessione edilizia rilasciata da un commissario *ad acta* privo del relativo potere, sostenendo che un provvedimento siffatto è posto in essere «in una situazione di manifesta carenza di attribuzione con conseguente nullità ex articolo 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241», cosicché «legittimamente il comune ha sanzionato come

condo cui l'atto nullo sarebbe improduttivo di effetti *ab origine*; tesi che consentiva al destinatario dell'atto di 'disapplicarlo', in virtù del fatto che la forma di invalidità in parola, a prescindere dalla sua esistenza materiale, lo avrebbe reso giuridicamente impossibilitato a modificarne la sfera giuridica soggettiva. Ed infatti, il Supremo Consesso amministrativo, nel rivisitare parte del regime giuridico della nullità dell'atto amministrativo, ritiene che questa, finché non venga rilevata dal giudice (ovvero dalla P.A. in sede di riesercizio del potere), non sia in grado di 'intaccare' l'imperatività del provvedimento, il quale, continuando a recare tale suo tipico carattere, resta capace di incidere la sfera giuridica soggettiva del frontista dell'amministrazione⁹⁷.

abusive le opere realizzate senza preventivamente intervenire in autotutela sull'atto del commissario che doveva ritenersi assolutamente inidoneo alla produzione di effetti giuridici».

⁹⁷ Dalla conclusione cui giunge il Collegio, oltre ad un 'aggiornamento' del regime giuridico della nullità dell'atto amministrativo, discendono (quantomeno) due ordini di conseguenze che riguardano l'intero sistema dell'invalidità. In primo luogo, il riconoscimento della capacità dell'atto nullo di produrre effetti influisce sulla tradizionale ricostruzione del rapporto tra validità ed efficacia: alla luce della decisione in parola, la 'congiunzione' tra il piano della (in-)validità e quello della (ine-)efficacia che caratterizzava il regime giuridico dell'atto nullo finisce per trasformarsi in una 'disgiunzione', la quale, invece, fin qui era propria solamente del regime giuridico dell'atto annullabile (che è positivamente ritenuto efficace benchè illegittimo). Ciò nondimeno, gli effetti prodotti dall'atto nullo e quelli derivanti dall'atto annullabile non appaiono privi di differenze sostanziali. Sebbene non sia questa la sede per approfondire quest'aspetto, in prima approssimazione sembra che l'atto nullo, a differenza dell'atto illegittimo, non possa che produrre effetti *contra ius*, o – come sostiene F. LUCIANI, *Contributo cit.*, p. 15 – «*sine titulo*»: a ben riflettere, la persistenza del carattere della imperatività – che il Consiglio di Stato ritiene essere resistente pure alla nullità – non pare comunque in grado di eliminare quel 'disvalore' che il legislatore attribuisce alla fattispecie nulla. In secondo luogo, la capacità dell'atto nullo di incidere sulla situazione soggettiva del frontista pone dubbi sulla natura della relativa azione processuale, fino ad ora sempre considerata dichiarativa. Invero, se l'atto nullo, in quanto imperativo, è dotato della capacità di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche, la

Insomma, alla luce della sentenza in parola, l'atto amministrativo nullo, sotto il profilo della sua idoneità a produrre effetti, sembra affatto dissimile dall'atto annullabile, sebbene le due forme di invalidità continuino a mantenere un regime giuridico in buona parte differente⁹⁸.

L'evoluzione giurisprudenziale appena descritta appare particolarmente significativa nell'economia della riflessione sulle categorie della inesistenza e della nullità.

Invero, sebbene nell'argomentare del Consiglio di Stato il concetto di inesistenza resti nell'ombra, alla luce delle sue statuizioni sulla capacità dell'atto nullo di produrre effetti, pare difficilmente revocabile in dubbio il fatto che la nullità sia una forma di invalidità predicabile solo nei confronti di un atto già venuto in vita, che, proprio in quanto tale, è (potenzialmente) idoneo

a modificare la (porzione di) realtà che ne è oggetto. Ne discende che la (spesso affermata) 'coincidenza' della nullità con la inesistenza, ossia con quello stato che connota ciò che è giuridicamente irrilevante, sia quantomeno di dubbio fondamento.

Le conclusioni cui è pervenuta la IV Sezione del Consiglio di Stato – secondo cui solo l'atto inesistente non è in grado *ab origine* di produrre effetti, giacché per quello nullo bisogna attendere la relativa dichiarazione affinché possa ottenersi la sua inefficacia – confermano, da un lato, l'attualità dello studio degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, e, da un altro, la necessità di pervenire ad una loro identificazione condivisa.

Proprio con riguardo a questa necessità, l'aggiornamento dell'orientamento giurisprudenziale riguardante il regime giuridico della nullità sembra 'offrire' un significativo spunto di riflessione per tentare di addivenire alla definizione della struttura dell'atto amministrativo: dalla interpretazione del dato normativo vigente condotta dal Consiglio di Stato, infatti, pare ricavarsi che occorra distinguere il piano della *esistenza* dell'atto da quello della sua *efficacia*, cioè 'stimolando' ad operare una distinzione tra gli *elementi essenziali affinché l'atto venga in vita*, e quelli *essenziali affinché l'atto* (già esistente) *produca effetti* (e la cui mancanza lo rende nullo).

4. L'esistenza giuridica dell'atto quale indefettibile requisito per la sua inefficacia. L'importanza del concetto di 'rilevanza giuridica' nella ricostruzione della struttura dell'atto amministrativo

Il tentativo di identificare gli elementi essenziali dell'atto amministrativo, quindi, sembra non poter prescindere da una preliminare indagine sulla differenza (se davvero ne esiste una) tra le figure della inesistenza e della nullità.

A ben vedere, in una prima approssimazione, ammettere la diversità concettuale tra lo stato di irrilevanza giuridica (che neppure permette di

stessa capacità deve essere riconosciuta anche alla sentenza di cui l'atto è oggetto, alla quale spetta il compito di reintegrare la eventuale lesione subita dal privato. Per cui l'azione di nullità sembra mutare la propria natura da dichiarativa in costitutiva. Di diverso avviso è però la sez. V del Consiglio di Stato, il quale, di recente, non condividendo l'orientamento espresso dalla sez. IV con la sentenza n. 5799/2011 cit., ha affermato che la nullità è «accertabile con pronuncia giudiziale meramente dichiarativa, donde i noti corollari della radicale inefficacia (da intendersi in senso ampio, quale inidoneità dell'atto a produrre gli effetti da esso tipicamente discendenti), della generale legittimazione all'impugnativa e della insuscettibilità di sanatoria attraverso convalida» (n. 792/2012 cit., la cui statuizione è condivisa da Tar Sicilia - Catania, sez. I, n. 1006/2012 cit.).

⁹⁸ In merito, nella sentenza n. 5799/2011 cit., il Consiglio di Stato osserva che «la complessiva disciplina della nullità dell'atto amministrativo ha recepito solo in parte gli aspetti salienti di tale forma di invalidità. Ed infatti, il legislatore, a fronte di un aspetto tipico della nullità, rappresentato dalla previsione di un'azione imprescrittibile volta ad ottenerne la declaratoria da parte di chiunque ne abbia interesse, ha invece previsto che la detta azione venga proposta entro il termine decadenziale di 180 giorni [...]. Il legislatore ha invece positivamente recepito altri aspetti tipici della disciplina della nullità, quali sono quelli della sua perpetua opponibilità in giudizio e della rilevanza di ufficio da parte di un giudice». Sulla imprescrittibilità della azione di nullità affermata dalla giurisprudenza prima dell'avvento del c.p.a., si v. *retro*, nota 88.

riferirsi ad un atto) e l'atto che esiste, sebbene sia nullo, potrebbe consentire di concludere che vi è un duplice ordine di elementi essenziali: da un lato, quelli che danno vita all'atto; da un altro, quelli che lo rendono capace di produrre effetti.

Una siffatta conclusione, che implica con ogni evidenza una significativa 'ricaduta' di natura teorica, consentirebbe di far luce sull'ambito di applicazione dell'art. 21-septies, L. 241/1990, di certo ridimensionandolo rispetto a quello che gli sarebbe proprio se si continuasse a seguire la tesi tradizionale sugli elementi essenziali dell'atto, con ovvi riflessi sulla disciplina processuale della nullità.

Come è ben noto, il tema è assai controverso, la dottrina essendosi divisa tra chi ritiene che inesistenza e nullità – a dir così – si 'sovrappongano', e chi sostiene invece che tra loro residui una differenza, la inesistenza rappresentando il giuridicamente irrilevante, mentre la nullità una grave forma di invalidità propria di un atto comunque già 'preso in considerazione' dall'ordinamento.

Invero, all'esito dell'accidentato percorso ricostruttivo che va avanti sin dagli inizi del XX secolo, larga parte della dottrina si è trovata concorde sul fatto che tanto la inesistenza, quanto la nullità, comportano la originaria improduttività degli effetti: è stata proprio l'indifferenza sotto il profilo effettuale ad aver spesso portato gli autori che se ne sono occupati a considerare inesistenza e nullità come difficilmente distinguibili.

Più precisamente, mano a mano che il sistema della invalidità dell'atto amministrativo si è radicato sulla dicotomia tra annullabilità e nullità⁹⁹, il concetto di inesistenza viene sempre più a sfumare in quello di nullità, tanto che è foltissima la

schiera di coloro che li ritengono «sinonimi»¹⁰⁰. Ma già nella prima organica trattazione di tale sistema, nella quale si affermava pure che «una distinzione tra nullità ed annullabilità manca di una base obbiettiva», si era ritenuto «poco esatto parlare di una inesistenza giuridica», osservando che, se a tale concetto si attribuisce un significato diverso da quello di «inesistenza di fatto», esso «è assorbito da quello di nullità»¹⁰¹.

In molte ricostruzioni, quindi, non si ravvisa distinzione tra inesistenza e nullità, oppure ad essa non si attribuisce alcun significativo rilievo, in quanto, considerato che «ha rilevanza giuridica esclusivamente il fatto produttivo di effetti, sussiste piena equivalenza tra nullità ed inesistenza, dal momento che l'atto nullo, essendo privo di effetti, non può assumere valore giuridico»¹⁰².

¹⁰⁰ Così R. CARANTA, *L'inesistenza* cit., p. 240, per il quale «i termini di nullità ed inesistenza, e ciò è comunemente ammesso dalla dottrina [...], coprono nel diritto amministrativo la stessa area di significati». Per una (seppur comunque non esaustiva) elencazione degli autori che ritengono coincidenti le figure dell'inesistenza e della nullità si v., *retro*, la nota 49.

¹⁰¹ Così A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* cit., pp. 345-346. L'A. considera «errato [...] parlare di atti inesistenti, giacché l'attributo distrugge il sostantivo» (p. 343), ritenendo che sia corretto riferirsi solo alla inesistenza di fatto, in quanto «l'atto amministrativo inesistente in fatto non è il nulla, ma è un fatto privato» (p. 344). Invero, l'inesistenza di fatto è, «nel diritto pubblico, un concetto di qualità, poiché distingue l'atto che è amministrativo da quello che non lo è» (p. 345). Sicché, «"inesistenza giuridica" può essere sinonimo di "nullità" solo per gli autori che distinguono due figure di invalidità, nullità (od inesistenza) ed annullabilità; non per gli altri; per questi necessariamente inesistenza non può intendersi che come inesistenza di fatto. Dovendo scegliere, nel primo caso, tra i due termini, io trovo esatto quello di nullità, che qualifica l'atto amministrativo, inesatto quello di inesistenza, che, preso alla lettera, lo distrugge» (p. 345, nota 2).

¹⁰² Le parole sono di T. CITRARO, voce *Nullità*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, aggiornamento, 2008, pp. 512 ss., p. 513, la quale, dopo aver ricordato che la teoria secondo cui la giuridicità della fattispecie discende dalla sua capacità di produrre effetti viene definita «causalistica», la critica diffusamente, evidenziandone la «illogicità» dovuta al fatto che questa, «per definire i caratteri del fatto materiale rilevante giuridicamente, prende le mosse da un evento successivo (la produzione di

⁹⁹ Fortemente influenzati dalla tradizione pandettistica, già O. RANELLETTI – A. AMORTH, voce *Atti amministrativi* cit., p. 1491, affermano che «gli atti amministrativi, al pari dei negozi giuridici privati, possono essere nulli o annullabili; e la distinzione tra nullità ed annullabilità viene derivata da quella per gli atti giuridici privati».

Non è mancato, invece, chi, benché abbia fatto uso di un approccio al tema affatto dissimile da quello cd. 'causalistico', all'esito dei suoi studi ha ricavato una sostanziale differenza tra inesistenza e nullità. Avvalendosi dell'analisi della «realità delle aule giudiziarie», e constatando che, spesso, nei fatti, «la fattispecie nulla è un atto produttivo di risultati e come tale sottoposto alla misura della nullità, con la quale si accerta e si dichiara l'invalidità del risultato voluto e prodotto» – mentre «l'inesistenza, di converso, connota un fatto che vive solo nella realtà sociale ed è improduttivo di risultati, cioè di effetti pratici sottoposti a misure reattive previste dall'ordinamento»¹⁰³ –, si è giunti ad affermare che «l'effetto (pratico) assume, quindi, rilievo giuridico (divenendo risultato) una volta che è sottoposto all'attività di verifica e controllo degli organi, all'uopo previsti, dall'ordinamento»¹⁰⁴.

In altri termini, secondo la dottrina in parola «il momento della giuridicità del fatto è spostato dalla produzione degli effetti giuridici a quello

effetti) per procedere a ritroso verso il fatto stesso», mentre, a ben vedere, «la produzione dell'effetto è [...] preceduta da una fase in cui il fatto viene sottoposto dall'Ordinamento ad un giudizio di rilevanza, finalizzato a verificarne la conformità alla fattispecie astratta». L'A. fonda la propria tesi sulla dottrina di A. FALZEA, *Il soggetto* cit., ad opinione del quale «è da obiettare che la relazione intercedente tra fattispecie e conseguenza giuridica, si opera in seno alla norma tra elementi, che, essendo in essa contenuti, debbono avere necessariamente una qualifica giuridica. Orbene, in tanto si opera il collegamento della fattispecie alla conseguenza giuridica, nel momento della concretizzazione della norma, in quanto anche la prima sia giuridica, perché un fatto, in questa considerazione neutra, come tale, non può avere conseguenze giuridiche. È necessario quindi che nel momento della concretizzazione della norma, i due elementi di questa, astrattamente ipotizzati, realizzandosi acquistino la forma giuridica, la quale deriva dalla ipotizzazione normativa soltanto. Sostenere invece che è l'effetto giuridico a conferire al fatto il carattere che lo fa comprendere tra i fenomeni del diritto, significa incorrere in una evidente tautologia» (pp. 26-27, nota 55).

¹⁰³ Entrambe le due ultime citazioni sono tratte da A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo* cit., p. 114.

¹⁰⁴ A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 116.

(precedente dal punto di vista logico) del giudizio compiuto dall'ordinamento: è giuridico l'effetto pratico oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento»¹⁰⁵.

La ricostruzione del rapporto tra inesistenza e nullità si presta, però, ad essere affrontata anche con un fare metodologico diverso.

¹⁰⁵ Ancora A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, loco cit., il quale conclude nel senso che «una volta ammesso che il risultato è il criterio di connotazione della fattispecie rilevante ed in particolare [...] di quella nulla, si può procedere a differenziare il fatto inesistente dalla nullità» (p. 126). Segnatamente, «il fatto inesistente è connotato dalla mancata produzione di un risultato, la fattispecie nulla è, invece, caratterizzata dalla produzione di un risultato negativo: cioè l'atto nullo è fattispecie produttiva di effetti pratici che sono oggetto di un giudizio di disvalore (negativo) da parte dell'ordinamento. Il risultato, assumendo un valore negativo, non può essere considerato valido e, quindi, non può assumere la forza dell'effetto giuridico» (pp. 129-130). Il tentativo di riservare alla nullità una propria autonomia (rispetto alla inesistenza) attraverso il giudizio (di disvalore) che l'ordinamento effettua in relazione ai risultati generatisi dall'atto nullo, suscita in M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità* cit., 67 ss., «non poche perplessità». Molto severamente l'A. ritiene che «nell'affermare che il momento della giuridicità del fatto è spostato sul giudizio che l'ordinamento effettua sul risultato, la teorica in esame finisce per riproporre l'idea che la giuridicità del fatto scaturisca da un elemento esterno ad esso. In particolare, essa dipenderebbe dalla valutazione (giuridica) che l'ordinamento effettua su un elemento diverso (il risultato appunto), che scaricherebbe la propria giuridicità (sugli effetti e da questi, a ritroso) sul piano del fatto» (p. 67). Così facendo, «ci si allontana, dunque, dalla ricostruzione della dinamica di produzione giuridica che vede nella norma l'unica entità qualificante in via diretta del fatto per preservare nella prospettiva tradizionale che non è riuscita nell'obiettivo di una completa autonomizzazione del giudizio di rilevanza dalla (considerazione della) efficacia. Se, quindi, in un passato non troppo lontano, la giuridicità derivava dalla idoneità a produrre effetti; nelle più recenti riflessioni la giuridicità del fatto risulterebbe condizionata dal risultato pratico assoggettato alla valutazione dell'ordinamento» (pp. 67-68). L'A. conclude nel senso che «pur essendo condivisibile l'idea che il diritto entra senz'altro in gioco nel momento in cui si tratta di risolvere un conflitto di interessi, non sembra accoglibile, peraltro, l'idea che dalla corrispondenza delle conseguenze concrete agli effetti previsti dalla norma giunge a riconoscere (con un processo di retrocessione logica) rilevanza alla fattispecie» (p. 68).

Non pare revocabile in dubbio, infatti, che la questione della nullità/inesistenza dell'atto amministrativo attenga a quella più generale della sua validità: è per questo che essa è stata spessissimo studiata nell'ottica della capacità da parte dell'atto di produrre effetti. Tuttavia, una siffatta linea d'indagine non convince appieno, a chi scrive sembrando che la definizione concettuale di tali figure possa prendere correttamente forma solo se affrontata anzitutto alla luce del più ampio tema riguardante il 'farsi giuridico' dell'atto amministrativo¹⁰⁶.

Di talché, la via da percorrere per comprendere, da un lato, quali forme di invalidità (oltre – ovviamente – all'annullabilità) possano riferirsi all'atto amministrativo e, da un altro, quale sia il loro regime giuridico, non può che muovere da un fondamentale punto di partenza: gli studi di teoria generale che si sono occupati di indagare il concetto di rilevanza giuridica isolandolo da quello di efficacia.

L'elaborazione della relazione tra i due concetti – come ricordato – si deve principalmente a Falzea, per il quale la rilevanza giuridica è «la *forma iuris* in virtù della quale una entità extragiuridica penetra nel sistema dei fenomeni giuridici»¹⁰⁷. Più precisamente, essa è l'esito del «*riconoscimento formale* (o qualificazione giuridica in senso stretto) che si opera nello stesso momento in cui si perfeziona una situazione di fatto secondo il corrispondente schema normativo, e che permette al diritto di passare dallo stadio di pura virtualità a quello della effettualità»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Dal punto di vista metodologico è paradigmatico il lavoro di A. DE VALLES, *La validità* cit., il quale preliminarmente definisce la nozione di atto amministrativo, per poi 'dedicarsi' ad individuare i suoi «requisiti». Sulla scorta delle rilevate peculiarità dell'atto amministrativo, e solo dopo aver (di conseguenza) sottolineato – come già ricordato *retro* alla nota 50 – «l'errore di metodo [...] di porre la teoria di diritto privato come punto di partenza», l'A. costruisce la propria teoria dell'invalidità.

¹⁰⁷ A. FALZEA, *Il soggetto* cit., p. 26.

¹⁰⁸ Ancora A. FALZEA, *op. cit.*, p. 25, il quale aggiunge che «in questo momento la situazione di fatto, per il semplice moti-

È la rilevanza giuridica, dunque, che «designa [...] l'attitudine della fattispecie ad avere ricondotte conseguenze giuridiche», «cosicché la fattispecie si perfeziona come fenomeno giuridico prima ed indipendentemente dal momento dell'efficacia». In altre parole, «per la esistenza giuridica di un fenomeno è elemento necessario e sufficiente il riconoscimento formale, e non anche la sua efficacia»¹⁰⁹.

vo della realizzazione secondo lo schema ipotizzato nella norma, assume rilevanza giuridica, attuandosi così il passaggio dalla situazione di fatto alla fattispecie giuridica, intesa quest'ultima come *situazione di fatto normativamente qualificata ed avente l'attitudine di valere come punto di riferimento di conseguenze giuridiche*» (pp. 25-26). Lo stesso A., nel successivo lavoro su *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico* cit., fornisce una definizione ancor più precisa di rilevanza giuridica, affermando che «*giuridicamente rilevante* dicesi una situazione di fatto concreta quando risulti costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica perchè l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso quindi capace di produrre effetti giuridici» (p. 26). A suo avviso, affinché sia «provocato l'intervento della norma» non è necessario che «l'atto presenti gli elementi tutti previsti nell'ipotizzazione legale. Infatti, mentre alcuni di questi sono indispensabili all'acquisto della giuridicità, e quindi all'attitudine a provocare mutamenti nella sfera delle effettività giuridiche (elementi essenziali), altri invece sono necessari perchè tali mutamenti abbiano luogo attualmente, e quindi presuppongono già acquisito il carattere della giuridicità dell'atto (elementi marginali)» (p. 26).

¹⁰⁹ Così A. FALZEA, *Il soggetto* cit., p. 27. La ricostruzione che attribuisce priorità logica e giuridica, nonché autonomia concettuale, al 'momento' della rilevanza rispetto a quello della efficacia viene positivamente commentata da F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, per il quale «si libera in tal modo una nozione nuova nella concettualità giuridica, quella di rilevanza, per cui (la nozione di) fatto giuridico si identifica con (quella di) fatto giuridicamente rilevante. Partendo dal puro dato materiale o extragiuridico, e seguendo il processo di qualificazione giuridica operato dalla norma, si distinguono secondo questa teorica, due momenti, logicamente (ed a volte, anche cronologicamente) differenziati, la rilevanza e la efficacia» (p. 33). L'A. ritiene «accettabile nel suo nucleo di base» la teoria di Falzea, precisando, tuttavia, che «per quel che riguarda gli sviluppi della stessa nel senso della individuazione del contenuto della rilevanza e della sua posizione come momento mediano del processo di qualificazione giuridica essa non

Insomma, l'esistenza giuridica di un atto 'si compie' autonomamente (ed antecedentemente) rispetto alla sua capacità di produrre effetti, che, a sua volta, per venire in essere necessita dell'intervento di elementi ulteriori: invero, «la fattispecie, sorta con il riconoscimento formale della situazione di fatto corrispondente, è poi collegata immediatamente con la conseguenza giuridica, non appena esistano i presupposti di efficacia della fattispecie primaria»¹¹⁰.

L'A. osserva che «un fenomeno» giuridico potrà «dirsi perfetto in modo assoluto, cioè compiutamente attuato» solo nel momento in cui «si siano realizzate le conseguenze giuridiche per esso predisposte dalla norma di qualificazione»; tuttavia, «tali conseguenze sono entità giuridiche autonome nei confronti della fattispecie alla quale vengono ricondotte, fattispecie che può giuridicamente esistere (essere perfetta cioè riguardo alla sua esistenza) nonostante che manchi di efficacia»¹¹¹. È ben possibile, dunque, che una fattispecie sia «perfetta per quanto concerne gli ele-

menti necessari alla sua esistenza, ma sia inefficace per la presenza di un fatto impeditivo»¹¹².

In definitiva, mentre il riconoscimento della rilevanza giuridica di un fatto è subordinato all'esistenza dei «presupposti di qualificazione», l'attribuzione di efficacia alla fattispecie è condizionata dalla ricorrenza dei «presupposti di efficacia»¹¹³. Alla mancanza dei primi consegue che «la fattispecie è giuridicamente inesistente»; da quella dei secondi discende che «la fattispecie è perfetta nei suoi elementi strutturali, ma non produce in tutto o in parte effetti giuridici»¹¹⁴.

Le fattezze del rapporto intercorrente tra rilevanza ed efficacia vengono ulteriormente elaborate da altra autorevole dottrina, ad avviso della quale la rilevanza giuridica è «il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)»¹¹⁵. Ma anche l'efficacia «contiene il riferimento ad una corrispondenza formale tra statuizione normativa e situazione effettuale, perché la seconda intanto riceve la sua qualificazione giuridica in quanto viene a conformarsi alla statuizione normativa»¹¹⁶; tuttavia, mentre «la corrispondenza di schemi formali esaurisce il rapporto di rilevanza, essa invece nel rapporto di efficacia si trova affiancata dalla necessità che tale corrispondenza si produca». In altre parole, «nel rapporto di efficacia, oltre alla conformità, prende rilievo come giuridico altresì il momento del conformarsi, mentre questo ultimo è assolutamente estraneo al rapporto di rilevanza»¹¹⁷.

sembra altrettanto accettabile» (p. 33, nota 36). In merito, più diffusamente, cfr., *infra*, la nota 119.

¹¹⁰ A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, p. 36. Secondo l'A., *La condizione cit.*, p. 27, «bisogna quindi porre in rilievo la logica autonomia della rilevanza giuridica, rispetto alle altre qualità derivanti dalla presenza, nella situazione di fatto, degli elementi diversi da quelli essenziali: soprattutto rispetto alla efficacia, perché, richiedendosi a volte, oltre agli elementi costitutivi, altri fatti esterni che determinano esclusivamente quando e se la situazione effettuale di un atto deve giungere ad esistenza, può avvenire che la rilevanza non sia accompagnata dalla contemporanea efficacia della fattispecie. Si dà luogo allora alla figura dell'atto giuridico *meramente rilevante*». La rilevanza – conclude l'A. – «null'altro designa che l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, e si esprime perciò come *efficacia potenziale*» (p. 27).

¹¹¹ Così ancora A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, pp. 6-7. Invero, benché si distinguano per il loro contenuto, rilevanza ed efficacia «sono però legate da un nesso strettissimo e da una coordinazione necessaria»; anzi, secondo l'A. «la rilevanza non può esaurire la giuridicità del fatto [essendo] essenzialmente preordinata in funzione dell'efficacia»: infatti, «la rilevanza designa [...] l'attitudine ad essere punto di *ricollegamento* di conseguenze giuridiche» (*Il soggetto cit.*, p. 30).

¹¹² A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, p. 19. In tal caso – continua l'A. – «non si è chiuso il ciclo formativo del fenomeno giuridico [...] perché non si è ancora attuato il ricollegamento oggettivo e soggettivo delle conseguenze» (p. 19).

¹¹³ Entrambe le ultime due espressioni citate sono di A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, p. 7.

¹¹⁴ A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, p. 12.

¹¹⁵ Così F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva cit.*, p. 50.

¹¹⁶ Ancora F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, pp. 50-51.

¹¹⁷ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 51.

Pertanto – conclude la dottrina in parola – «diventa di facile apprendimento [...] il diverso contenuto dei due rapporti che pongono capo alla qualificazione giuridica della realtà materiale: il rapporto di rilevanza, esaurendosi nella constatazione della conformità morfologica tra fatto e fattispecie, ha un contenuto meramente informativo (o rivelativo, o descrittivo); il rapporto di efficacia ha invece un contenuto formativo, in quanto, a differenza del primo, interviene a strutturare la realtà qualificata, imprimendole un ordine giuridico»¹¹⁸. Insomma, a questi «due tipi di qualificazione giuridica corrispondono due tipi di realtà qualificata: da un lato abbiamo la realtà rilevante, dall'altro la realtà regolata»¹¹⁹.

¹¹⁸ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, pp. 52-53.

¹¹⁹ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 53, il quale specifica che nel caso della realtà rilevante «troviamo i fatti, tratti a giuridico rilievo in quanto valutati normativamente nella loro conformità morfologica alla fattispecie»; nel caso della realtà regolata, invece, «abbiamo gli interessi (o, comunque, entità diverse dai fatti), dei quali la giuridicità esprime il loro essere regolati da una norma di diritto» (p. 53). La 'dinamica' che dalla realtà extra-giuridica del fatto materiale conduce alla realtà giuridica dell'effetto – ad avviso dell'A. – si compie nei seguenti termini: «alla norma, composta di due proposizioni, corrispondono due processi di qualificazione, i quali attono alla realtà extragiuridica, ma (in senso passivo: come elementi oggetto di qualificazione) presa in considerazione nei due casi, come emergente in elementi di qualificazione diversi. Correlativamente alla diversità di qualificazione e di oggetto di qualificazione, e conseguentemente a questa diversità, si ha un doppio ordine di realtà giuridica concreta: la realtà rilevante e la realtà regolata. Nell'una vediamo i fatti giuridici, nell'altra gli effetti: ambedue le realtà concrete sono giuridiche, non in quanto poste, sia pure dalla (o per la, o nella) forma, in relazione l'una con l'altra, ma in quanto ciascuna di essa è giuridicamente valutata dalla norma. Nessuna relazione giuridica si pone quindi, direttamente, tra fatto ed effetto, ma ambedue queste entità, come derivano la loro giuridicità dalla norma, così, in sede di dinamica giuridica, esprimono il loro giuridico valore in riferimento alla norma» (pp. 53-54). È così che la dottrina in parola – osservando che la fonte dell'efficacia deve rinvenirsi nella norma e non nel fatto giuridico, il quale, infatti, viene ritenuto «né causa né condizione per il prodursi degli effetti, ma soltanto condizione per la operatività della norma» (p. 56) – 'supera' la ricostruzione del processo di qualificazione giuridica «svolgentesi in duplice fase» (p. 35) proposto da Falzea, che – a

I risultati degli studi sulla rilevanza giuridica, sebbene non espressamente richiamati, sembrano essere ben presenti nella nitida ricostruzione dei concetti di inesistenza e di nullità proposta da altra autorevole dottrina.

Benché entrambe si caratterizzerebbero per la «non produzione di effetti giuridici», si è affermato che «inesistenza e nullità non sono concetti equivalenti»¹²⁰: infatti, «quando si parla di inesistenza, il riferimento è a una condizione di fatto, per precisare che essa esprime una realtà che non si presta ad essere sussunta da qualsivoglia fattispecie normativa; e perciò non può avere alcuna rilevanza giuridica sotto qualunque profilo»¹²¹; nullità, invece, è «una nozione formale, una creazione normativa, per esprimere la previsione – per atti che risultano gravemente difformi dal

suo avviso – è «inaccoglibile» (34), e del quale denuncia «l'insufficiente considerazione del momento normativo, ossia del ruolo che la norma assume nella qualificazione giuridica della realtà materiale, e soprattutto del significato del suo intervento nella determinazione degli effetti» (p. 36). In una siffatta ricostruzione – osserva criticamente ancora F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 34, nota 37, anche alla luce delle affermazioni dello stesso A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, 1965, pp. 433 ss., 483 – la nozione di rilevanza giuridica «risponde non tanto al problema della giuridicità del fatto, quanto all'esigenza (pratica) di garantire che l'interesse connesso con il verificarsi degli elementi essenziali della fattispecie "possa superare indenne l'intervallo che lo separa dagli effetti giuridici destinati a garantirne la realizzazione", i quali restano sospesi fino al verificarsi dei coelementi futuri. Si comprende che le note proprie della rilevanza giuridica, così intesa, possano essere indicate nella indeterminatezza o potenzialità dell'effetto giuridico. In realtà la rilevanza viene ridotta a copertura teorica di fenomeni del tipo dell'aspettativa e dei cd. effetti conservativi».

¹²⁰ L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi cit.*, 544, il quale – dopo aver ricordato che secondo R. VILLATA, *L'atto amministrativo cit.*, pp. 816-817, «l'ipotesi dell'atto non esistente e l'ipotesi dell'atto nullo sembrano coincidere sotto il profilo effettuale, sì che la distinzione fra nullità ed inesistenza finisce col perdere rilievo, tanto che da essa si può anche prescindere» – afferma che «non solo non si può confondere inesistenza e nullità, ma anche che la distinzione tra l'una e l'altra non è priva di rilievo giuridico» (p. 547).

¹²¹ L. MAZZAROLLI, *op. cit.*, loco cit.

paradigma normativo – di conseguenze negative di particolare rilievo»¹²².

Siffatta conclusione – che, a ben vedere, è conforme a quella rassegnata dalla dottrina che si è avvalsa di un diverso metodo d'indagine¹²³ – non sembra temere smentita ove si ponga mente alla 'considerazione' che la legislazione degli ultimi anni ha mostrato di avere per l'atto amministrativo nullo: tanto la disciplina sostanziale di cui all'art. 21-septies, L. 241/1990, quanto quella processuale di cui all'art. 31, co. 4, D.Lgs. 104/2010, riconoscono l'esistenza giuridica dell'atto nullo in maniera inequivoca¹²⁴, il legislatore evidentemente ritenendo che questo, sebbene gravemente 'imperfetto' e, quindi, non in grado di produrre «la sua tipica efficacia primaria»¹²⁵, sia comunque

in grado di 'innescare' «una (problematica) serie di attuazioni ed esecuzioni *sine titulo*»¹²⁶.

In altre parole, la (potenziale) capacità dell'atto nullo (ma esistente) di modificare la sfera giuridica del frontista del potere ha 'imposto' la codificazione di uno strumentario in grado di assicurare la tutela di questi.

Cosicché, in definitiva, tanto alla luce dell'indagine che 'valorizza' il concetto di rilevanza giuridica, quanto alla luce di quella che si 'concentra' sulla valutazione che l'ordinamento compie dell'effetto che discende dall'atto nullo (e, dunque, sul dato normativo vigente), non pare scorretto concludere che: a) la nullità costituisce una forma di invalidità riferibile esclusivamente ad un atto già esistente, che, «seppure inidoneo a produrre la sua tipica efficacia primaria, è tuttavia causa di effetti *indiretti* di carattere positivo (aspettativa di sanatoria o di conservazio-

¹²² L. MAZZAROLLI, *op. cit.*, p. 545. Della medesima opinione è anche B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 1993, ad avviso del quale l'inesistenza rappresenta «la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica come tale, mentre la nullità appare quale reazione sanzionatoria ad uno stato invalidante del provvedimento, che si contrappone in termini quasi bipolari, alla minore e meno grave misura di reazione all'annullabilità» (p. 299). Invero, una chiara descrizione della diversità intercorrente tra le figure di nullità ed inesistenza, che tiene sullo sfondo il concetto di rilevanza giuridica, si rinviene già in A. PIRAS, voce *Invalidità (atto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, pp. 599 ss., 602, il quale afferma che «non hanno consistenza i dubbi sollevati in ordine all'ammissibilità della figura dell'inesistenza». Questa «non è – al contrario di quanto talvolta si afferma – ridicibile alla nullità: l'inesistenza indica [...] la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica come tale per l'ordinamento»; la nullità «può, viceversa, essere costruita come una sanzione che presuppone l'acquisto di giuridica rilevanza da parte del provvedimento».

¹²³ Ci si riferisce ad A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo* cit., per le riflessioni del quale sui concetti di inesistenza e nullità si v., *retro*, la nota 103 e la relativa parte di testo.

¹²⁴ In questo senso si v. le considerazioni, benché limitate al solo art. 21-septies, di N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo* cit., p. 859.

¹²⁵ L'espressione è di F. LUCIANI, *Contributo* cit., p. 14.

¹²⁶ Ancora F. LUCIANI, *op. cit.*, p. 15, il quale – riconoscendo la sussistenza di una certa diversità tra «fatto giuridicamente rilevante» e «fatto giuridicamente inesistente», in considerazione del fatto che «mentre il fatto irrilevante è anche giuridicamente inesistente, il fatto rilevante non necessariamente produce efficacia *primaria* (vale a dire, gli effetti tipici che la norma causalmente ricollega al fatto rilevante e valido) potendo essere fonte di altri tipi di effetti *indiretti* (tipici dell'atto rilevante e invalido)» (p. 13) – afferma che talvolta «alla rilevanza giuridica del fatto coincide una sua condizione di inefficacia, a cagione di sue gravi insufficienze strutturali o di contenuto», e che quando ciò avviene l'atto «sicuramente [...] non è in grado di produrre la sua tipica efficacia primaria» (p. 14). Tuttavia, «la sua giuridicità può esprimersi attraverso forme di efficacia indiretta» (p. 14), l'atto nullo connotandosi rispetto al «fatto inesistente» per la capacità di «*apparire* efficace (e valido)» (p. 15): proprio l'«*apparente* efficacia primaria» (15) rende necessario l'intervento del legislatore, il quale, approntando una serie di strumenti per 'inibirli', conferma l'esistenza giuridica dell'atto nullo. L'A. conclude sostenendo che «la giuridicità dell'atto si manifesta allora nella possibilità dell'ordinamento di intervenire», talvolta permettendo la «conservazione della sua esecuzione, impedendo azioni di restituzione»; ovvero «elimina[ndo] al contrario la sua abnorme capacità di *apparire* efficace, attraverso azioni dichiarative delle nullità ed azioni restitutorie, idonee a cancellare attuazioni o esecuzioni *sine titulo*» (pp. 15-16).

ne¹²⁷) o negativo (eliminazione e ripristino dello *status quo*)»¹²⁸; b) l'inesistenza – che non è (o, più correttamente, non può essere) una forma di invalidità, in quanto l'oggetto di quest'ultima (l'atto amministrativo) non è venuto in vita – è la 'formula' che descrive la condizione in cui si trova ciò che non ha assunto rilevanza giuridica, in quanto non si è verificata perfetta corrispondenza tra la situazione di fatto e la descrizione normativa astratta.

5. Dalla realtà extra-giuridica del fatto materiale alla realtà giuridica dell'effetto: elementi essenziali per l'esistenza dell'atto amministrativo ed elementi essenziali per la sua efficacia

Gli studi condotti sul tema della rilevanza giuridica, con i quali è stata spiegata la dinamica di produzione dell'atto, e le conclusioni cui si è giunti con riguardo alle figure della inesistenza e della nullità (anche alla luce del rinnovato orien-

tamento giurisprudenziale sul regime giuridico di quest'ultima), sembrano fornire un contributo decisivo per tentare di ricostruire la struttura dell'atto amministrativo¹²⁹.

In ogni caso, il tentativo di definire il novero degli elementi essenziali dell'atto amministrativo non può che prendere le mosse dall'art. 21-septies, L. 241/1990.

La disposizione in parola – come più volte ricordato – prevede che «è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali». Anche in questo caso, così come nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (tanto precedente, quanto successiva alla L. 15/2005), gli elementi essenziali rilevano – a dir così – in negativo¹³⁰. Non essendovi una loro elencazione, essi andrebbero ricavati rispondendo alla domanda: quali sono gli elementi che mancando comportano la nullità dell'atto amministrativo? E la risposta dovrebbe essere che sono da qualificare come

¹²⁷ L'aspettativa è – secondo l'opinione di A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, pp. 19 ss. – la tipica posizione di attesa in cui viene a trovarsi il frontista di una fattispecie esistente, ma (ancora) improduttiva di effetti. Invero, «aspettativa si ha quando la fattispecie è perfetta per quanto concerne gli elementi necessari per la sua esistenza, ma sia inefficace per la presenza di un fatto impeditivo. In tal caso non si è chiuso il ciclo formativo del fenomeno giuridico [...], perché non si è ancora attuato il ricollegamento oggettivo e soggettivo delle conseguenze» (p. 19). Ciò nondimeno – prosegue l'A. – «i soggetti, che costituiscono i presupposti di qualificazione della fattispecie, vengono a trovarsi in una situazione particolare: perché, avendo la situazione di fatto già provocato il processo di concretizzazione della norma, ed avendo conseguentemente ottenuto la qualifica di fatto giuridico, viene, come tale, giuridicamente *imputati* a dei soggetti, i quali, per ciò stesso, si trovano investiti nella posizione di presupposti soggettivi della fattispecie. In virtù di questa posizione i soggetti, non appena la fattispecie avrà prodotto quelle conseguenze giuridiche che le sono state destinate, vengono automaticamente *legittimati* nelle situazioni giuridiche nelle quali si risolvono le conseguenze. Cosicché, fino a quando il fatto giuridico possiede soltanto rilevanza, essendo i suoi effetti *sospesi*, nei soggetti si riflette la condizione della fattispecie che attende di divenire efficace. In tal senso la aspettativa è il riflesso soggettivo della momentanea inefficacia di una fattispecie già perfetta nella sua composizione strutturale» (pp. 19-20).

¹²⁸ F. LUCIANI, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁹ L'inestricabile rapporto tra rilevanza giuridica, inesistenza ed elementi essenziali dell'atto amministrativo viene messo in rilievo anche nella riflessione di L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina cit.*, secondo il quale l'inesistenza è «una nozione di carattere sostanziale, con la quale (relativamente al diritto amministrativo) si vuol indicare che in un'operazione – che venga presa in considerazione al fine di stabilire se essa sia riconducibile a una fattispecie astratta, configurata dalla legge come un provvedimento amministrativo – non sono presenti (o lo sono in modo del tutto insufficiente, tali da doverli considerare come non ci fossero) i caratteri necessari per consentire di affermare tale riconducibilità. È una teorica che si collega all'elaborazione della nozione (e della categoria) degli elementi essenziali del provvedimento (e del negozio giuridico): perché si possa affermare che esiste un provvedimento (o un negozio), occorre – anatomizzando, per così dire, la fattispecie di cui è dubbio se concretizzi o meno un atto di tal genere – che in ciò che viene fatto oggetto di valutazione siano presenti alcuni elementi, in mancanza dei quali quell'atto non può dirsi esistente, e che perciò a ragione si prestano ad essere qualificati come essenziali» (pp. 544-545).

¹³⁰ Anche E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, p. 304, aveva osservato che a differenza degli elementi essenziali del contratto, che vengono «stabiliti positivamente» (p. 303), quelli dell'atto amministrativo «rilevano piuttosto negativamente (se mancano l'atto è giuridicamente inesistente, o nullo), che positivamente» (p. 304).

«essenziali» solo gli elementi al difetto dei quali consegue la nullità dell'atto.

Tuttavia, utilizzando questo criterio per chiarire se gli elementi tradizionalmente ritenuti essenziali dell'atto amministrativo – soggetto, oggetto, finalità, contenuto e forma – siano effettivamente tali, si giunge a risultati non molto convincenti.

Ed in effetti, ad attentamente riflettere, l'atto amministrativo può ben difettare degli elementi appena elencati: del soggetto, allorché l'autorità emanante risulti priva di potere (in tal caso 'ricadendosi' anche in un'altra ipotesi di nullità dell'atto *ex art. 21-septies*: «il difetto assoluto di attribuzione»); dell'oggetto, nel caso in cui un determinato bene non sia sottoponibile al potere amministrativo¹³¹; della esternazione che manifesta verso l'esterno la volontà della P.A.; del contenuto, ossia del dispositivo¹³²; e della finalità pubblica, ad esempio, perché il soggetto agente ha perseguito un interesse proprio.

Non v'è dubbio che ciascuno degli elementi appena richiamati possano, quantomeno in teoria, mancare¹³³; questo, però, non appare sufficiente

per affermare che essi siano elementi essenziali dell'atto, anche perché è tutt'altro che pacifico, stando ai riferiti contrasti in dottrina e in giurisprudenza, che alla loro mancanza faccia necessariamente seguito la nullità dell'atto.

Invero, al fine di comprendere quali siano gli elementi essenziali dell'atto bisogna anzitutto domandarsi cosa debba intendersi con l'espressione «essenziali». E, per far ciò, è indispensabile chiarire preliminarmente quale sia il complemento di causa che si accompagna all'aggettivo: essenziali per che cosa?

A ben vedere, gli esiti degli studi sulla rilevanza giuridica, da un lato, e la (conseguente) osservata diversità tra inesistenza e nullità, dall'altro, conducono ad operare una distinzione tra elementi (necessari e perciò) essenziali per il venire in vita di un atto amministrativo, ed elementi (necessari e perciò) essenziali affinché un atto amministrativo (esistente) sia anche giuridicamente idoneo a produrre tutti i suoi propri effetti.

In altri termini, alla luce della dinamica del 'farsi giuridico' (dal fatto materiale extra-giuridico fino all'effetto giuridico) dell'atto, sembra che gli elementi che la dottrina ha tradizionalmente qualificato come essenziali dell'atto amministrativo, siano più propriamente da distinguere in quelli che lo sono per la esistenza dell'atto e quelli che lo sono per la sua efficacia¹³⁴. Alla mancanza dei

¹³¹ L'esempio di scuola è quello nel quale viene sottoposto ad esproprio un bene già divenuto di proprietà pubblica: in tal caso, la giurisprudenza ha ritenuto l'atto nullo per «carezza di oggetto» (cfr., *ex multis*, Tar Lombardia - Milano, sez. II, n. 855/2005).

¹³² Sebbene E. CAPACCIOLI, *op. ult. cit.*, p. 310, affermi perentoriamente che «l'ipotesi che il contenuto manchi non è realistica».

¹³³ Non sembra essere della stessa opinione F.G. SCOCA, *Nozione, elementi e classificazione cit.*, p. 266, ad avviso del quale «esaminando la giurisprudenza [...] non si trovano pronunce sulla nullità del provvedimento per mancanza di elementi, salvo il caso, contemplato da una diversa disposizione sulla nullità, del difetto assoluto di attribuzione; il che dimostra che un provvedimento, purché sia riconoscibile come tale, anche se gravemente viziato, non è mai carente di elementi essenziali». Non molto dissimile è l'opinione di R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento cit.*, p. 359, i quali affermano che «la ricostruzione della nullità sulla base della carenza di elementi costitutivi non consente di fondare una soddisfacente teorica della nullità dei provvedimenti amministrativi, stante il suo difficile riscontro pratico». Anche E. CAPACCIOLI, *op. ult. cit.*, come in parte già riferito, si mostra piuttosto scettico con riguardo alla possibilità che gli ele-

menti (solitamente qualificati) come essenziali possano effettivamente mancare: segnatamente egli qualifica «irreali» gli esempi riguardanti la mancanza del soggetto, tanto da sostenere che «fondare su di essi la categoria dell'incompetenza assoluta equivale a non fondarla affatto»; considera «esclusa l'ipotesi della nullità per mancanza di causa» (p. 391); ritiene «vaga e forzata» l'ipotesi della «inesistenza del contenuto» (p. 391).

¹³⁴ Una ricostruzione simile a quella qui proposta si rinviene in F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, quinta edizione, Cedam, Padova, 1987, pp. 91 ss., il quale distingue i «presupposti essenziali» dell'atto, ritenuti «condizioni di esistenza di ogni atto giuridico» (p. 94) – individuati nel *soggetto*, nel *potere* (per i provvedimenti) o nella *facoltà* (per i meri atti), e nella *fattispecie reale* – dagli «elementi essenziali», i quali sono la *competenza*, la *causa* e la *funzione*, che costituisce

primi dovrebbe conseguire la inesistenza, questa configurandosi allorché non sia possibile procedere ad una valutazione di rilevanza del fatto materiale rispetto alla fattispecie normativa astratta; da quella dei secondi dovrebbe invece discendere la nullità, il loro difetto costituendo un impedimento alla capacità dell'atto di produrre gli effetti suoi propri.

La principale conseguenza di tale partizione influisce – come già accennato – sull'ambito di applicazione dell'art. 21-septies, il quale così si ridurrebbe moltissimo: se la nullità è predicabile solo nei confronti dell'atto giuridicamente rilevante, la disposizione in parola non può che riferirsi solo agli (o, più precisamente, alla mancanza degli) elementi essenziali per l'efficacia dell'atto amministrativo. È chiaro che se ne deriverebbe la riduzione anche del raggio di applicazione della disciplina processuale.

Dando allora per dimostrata la fondatezza della distinzione concettuale tra elementi essenziali per l'esistenza ed elementi essenziali per l'efficacia, occorre procedere ad isolare, tra quelli storicamente individuati dalla dottrina (soggetto, oggetto, finalità, contenuto e forma), gli elementi effettivamente costitutivi dell'atto da quelli che, invece, lo rendono idoneo ad essere efficace.

Del primo ordine di elementi dovrebbero far parte quelli indispensabili al processo di qualificazione giuridica del fatto materiale, il quale, per diventare giuridicamente rilevante, deve essere sussumibile nella norma di azione.

Sicché, elemento costitutivo dell'atto amministrativo dovrebbe essere, anzitutto, l'oggetto, il quale, prima di divenire il suo 'termine passivo', è parte di un (più complesso) fatto materiale che, se corrispondente alla fattispecie tratteggiata nella norma, 'stimola' la traduzione del potere da astratto in concreto¹³⁵. In altre parole, nel proces-

so di concretizzazione della norma, l'esistenza dell'atto è condizionata dall'effettivo transito dell'oggetto (giusta la regolamentazione della fattispecie astratta) dal momento pregiuridico a quello giuridico: pare pacifico, infatti, che senza l'oggetto un atto non possa esistere.

Dovrebbero ritenersi costitutivi pure gli altri elementi 'minimi' della norma di azione¹³⁶ (in quanto caratterizzanti la stessa): l'interesse pubblico¹³⁷ ed il soggetto¹³⁸, al quale la norma attri-

specie reale (che è concetto più ampio)». Ad esempio – prosegue l'A. – «nel provvedimento che ordina la demolizione dell'edificio pericolante, oggetto dell'atto è l'edificio; nell'istruzione di servizio, invece, oggetto dell'atto è il comportamento richiesto all'impiegato: ma la fattispecie reale di questi atti, come insieme di circostanze, di interessi, di tempi, di luoghi, ecc. è molto più ampia e comprensiva dell'oggetto». Cosicché, tra i «presupposti essenziali» dell'atto v'è «l'esistenza di una fattispecie reale, ossia l'insieme delle circostanze ed elementi di fatto che corrisponde alla previsione della norma (fattispecie astratta) e ne rende perciò possibile la esplicazione» (p. 93).

¹³⁶ Alla quale – secondo la ricostruzione di E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1978, pp. 301 ss. – corrisponde lo schema «norma-potere-fatto (norma che, anziché regolare il fatto in modo diretto e compiuto, attribuisce ad un soggetto o organo il potere di provvedere all'assetto delle situazioni soggettive)» (p. 310).

¹³⁷ F. BENVENUTI, *Appunti cit.*, p. 95, preferisce utilizzare il termine «causa», con il quale si esprime «il rapporto tra (l'interesse protetto dalla) norma e (l'interesse immanente nella) fattispecie reale». Questo rapporto – continua l'A. – «non è, evidentemente, un momento estrinseco all'atto appunto perché l'idoneità di soddisfare insieme l'interesse della norma a disciplinare una fattispecie e l'interesse emergente dalla fattispecie è proprio la caratteristica giustificatrice e qualificatoria dell'atto. Quel rapporto quindi diviene misura dell'atto e perciò suo elemento essenziale e qualificatore» (p. 95). All'interno della dottrina che, non accedendo alla distinzione qui proposta, 'tratta' in maniera – a dir così – tradizionale la categoria degli elementi essenziali, vi è chi, come N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo cit.*, p. 865, sostiene che «in ordine alla "causa", ai "motivi", o alla "finalità", non v'è dubbio che essi non possono dirsi elementi essenziali del provvedimento; la dottrina meno recente ne ha parlato in tal modo perché il provvedimento veniva costruito come negozio giuridico di diritto pubblico, ma questa tendenza, con particolare riferimento al problema della cau-

il rapporto che «corre» «tra potere e soggetto-fattispecie reale» (pp. 94-95).

¹³⁵ Per F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, pp. 93-94, l'oggetto non è «un presupposto essenziale dell'atto ma semmai della fatti-

buisce un certo potere affinché possa curare, appunto, quell'interesse pubblico.

Quest'ultimo, che costituisce (prima che il fine) la ragione esistenziale dell'amministrazione¹³⁹ (e,

sa, può iniziare a ritenersi abbandonata già alla fine degli anni '40 del secolo scorso». L'A. prosegue la propria ricostruzione affermando altresì che, a ben vedere, gli elementi in parola «vanno individuati nella legge, ossia nella norma attributiva del potere, dalla quale, dopo una delicata operazione interpretativa, emerge l'interesse pubblico specifico, che però non viene trasfuso nel provvedimento: lo caratterizza, lo qualifica, ma non ne è un fattore costitutivo, tanto è vero che, se codesto interesse non è ravvisabile nel provvedimento, il provvedimento stesso, pur sempre produttivo di effetti, è illegittimo non nullo» (p. 865). Della medesima opinione è A. BARTOLINI, *La nullità* cit., il quale, riprendendo la distinzione tra «'causa remota', cioè l'interesse pubblico in astratto» e «'causa prossima', ovvero [...] l'interesse pubblico concretamente perseguito dalla p.a.» – distinzione da attribuire a B. CAVALLO, *Provvedimenti* cit., pp. 48 ss. –, afferma che «tanto la causa remota quanto quella prossima non costituiscono un elemento essenziale del provvedimento» (p. 173). A suo avviso, «l'interesse pubblico astratto non è la causa del provvedimento, ma, come da tempo evidenziato, la causa del potere amministrativo» (p. 173); «parimenti, l'interesse pubblico specifico, oggetto di cura concreta e ponderata, non può essere considerato come un elemento essenziale la cui mancanza comporti la nullità» (pp. 173-174).

¹³⁸ Anche ad avviso di F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 93, il soggetto è un presupposto essenziale (cioè un elemento costitutivo) dell'atto: infatti, «è [...] presupposto essenziale perché vi sia un atto amministrativo, secondo la sua definizione, la provenienza da un soggetto che deve essere sempre una Pubblica Amministrazione». Ed è – continua l'A. – «presupposto essenziale di ogni provvedimento il suo essere applicazione di un potere o, come si dice, il suo essere manifestazione di volontà; mentre, correlativamente, è presupposto essenziale di ogni mero atto il suo essere applicazione di una facoltà o, come si dice, il suo essere manifestazione di scienza, di giudizio o di desiderio». Diversa è la posizione di F.G. COCA, *Nozione* cit., per il quale «il soggetto, ossia l'organo amministrativo che lo adotta, non può essere considerato propriamente un elemento dell'atto; semmai ne è l'autore, e quindi se il provvedimento non proviene dall'organo che ha il potere di adottarlo, esso può essere sì nullo, ma non per mancanza di un elemento essenziale, bensì per difetto assoluto di attribuzione» (p. 266).

¹³⁹ Secondo G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni* cit., p. 323, «la necessità di soddisfare interessi pubblici rappresenta la stessa ragion d'essere, la causa di esistenza della P.A., ancor prima di integrare la teleologia dell'azione amministrativa».

quindi, della norma che ne disciplina l'azione), non può non avere il medesimo 'ruolo esistenziale' per gli atti emanati dalla P.A.: se non c'è un interesse pubblico da curare, l'atto non può esistere. Dunque, anche l'interesse pubblico, parimenti all'oggetto, condiziona (anzitutto) l'esistenza (e di seguito la tipologia ed il contenuto) dell'atto¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Il 'posizionamento' dell'interesse pubblico tra gli elementi costitutivi dell'atto piuttosto che tra i suoi elementi essenziali (per l'efficacia) pare essere più coerente con la ricostruzione classica dello sviamento di potere. Infatti, annoverare l'interesse pubblico tra questi ultimi significa inscrivere nell'ambito di applicazione dell'art. 21-septies, da un suo 'difetto' (di conseguenza) discendendo non l'annullabilità per sviamento di potere, bensì la nullità. Che dal «difetto della causa» dell'atto amministrativo possa conseguire la nullità in luogo dell'annullabilità, è conclusione cui giunge (coerentemente con il suo argomentare) C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 245-246, la quale, premettendo che «nel definire gli elementi essenziali dell'atto amministrativo, non vi è ragione di discostarsi dall'unico referente normativo in materia: l'articolo 1325 c.c., che, come noto, tra di essi annovera la causa», ne deriva che «il passo è breve per prefigurare l'ipotesi che lo sviamento, costruito come difetto della causa, ove sia "puro" (cioè postuli il contrasto con un interesse pubblico dato, e non si contami con il processo discrezionale di individuazione dell'interesse pubblico concreto) possa determinare la nullità del provvedimento». Del resto – prosegue l'A. – «in origine lo stesso eccesso di potere si identificava con lo straripamento, fattispecie che è stato poi ricondotta alla incompetenza assoluta proprio in ragione dell'elevato disvalore del vizio. E, in effetti, il difetto della causa (purché sia oggettivamente riscontrabile) non è meno grave delle altre ipotesi di nullità». Anche M.C. CAVALLARO, *Gli elementi* cit., prendendo spunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica secondo cui «il difetto della causa» coincide con la «irrealizzabilità» della stessa per mancanza di presupposti (così come avviene nel caso – riportato come esempio dall'A. – del contratto di formazione e lavoro in cui si decida di formare un lavoratore già esperto), sostiene che «alla stessa maniera è nullo il provvedimento amministrativo che non è idoneo a realizzare l'interesse pubblico per il quale è stato adottato». A suo avviso «la mancanza di causa del provvedimento coincide, anche in sede amministrativistica, con l'impossibilità dello stesso di realizzare l'interesse pubblico alla cui cura è preordinato», tale impossibilità derivando «dall'assenza di quei presupposti che consentono il concreto esercizio del potere»

Ma, se è vero che oggetto ed interesse pubblico sono elementi costitutivi dell'atto, non può che esser tale anche il soggetto, e cioè la P.A. agente, la quale funge da anello di congiunzione tra i due: solo la P.A. identificata dalla fattispecie normativa astratta (nella quale viene sussunto il fatto materiale), infatti, esercitando il potere assegnatole, potrà al tempo stesso 'occuparsi' dell'interesse pubblico e dell'oggetto dell'atto¹⁴¹.

(p. 226). Invero, non è ben chiaro a quali presupposti l'A. si riferisca; ciò nondimeno, la sua tesi non pare condivisibile. A ben vedere, se per presupposto (che consente il concreto esercizio del potere) si intende: a) il fatto materiale extra-giuridico che viene sussunto nella norma di azione nel processo di qualificazione giuridica, ebbene ove sia stata verificata la sua difformità dalla fattispecie normativa astratta – come visto – l'atto non può venire in vita; b) uno *step* procedimentale oppure un atto presupposto, il loro difetto comporta la illegittimità dell'atto per violazione di legge e/o eccesso di potere; c) il presupposto la cui sussistenza condiziona il contenuto del provvedimento, orbene dalla sua mancanza – è pacifico – discende la illegittimità dell'atto per violazione di legge e/o eccesso di potere.

¹⁴¹ Anche F. LUCIANI, *Contributo cit.*, riferisce il soggetto al 'momento' della rilevanza dell'atto piuttosto che a quello della sua efficacia. L'A. – prendendo spunto soprattutto dalle parole di A. PIRAS, *Interesse legittimo e processo amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 388-389, in tema di rilevanza dell'atto amministrativo, ma anche da quelle di A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991, p. 89, nonché ID., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in Onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1120 – afferma che «l'elemento costante, il minimo comune denominatore, che conferisce rilevanza giuridica al provvedimento nullo è la circostanza che quell'atto proviene comunque da un'autorità pubblica (o da un soggetto ad essa equiparato) che talora agisce senza averne il potere, talvolta, avendone il potere adotta un atto privo degli elementi essenziali. Il *minimum* che consente all'atto amministrativo di superare il giudizio di rilevanza sta nell'essere quell'atto astratta manifestazione di autorità» (p. 126). Ad avviso della dottrina in parola, sarebbe conferma di questa tesi il fatto che il legislatore, con l'art. 21-*septies*, ha scelto di «riconoscere rilevanza giuridica all'atto adottato in "difetto assoluto di attribuzione". L'atto rilevante, in quanto *atto* formale, ha bisogno di essere riferito ad un agente; chè altrimenti (banalmente) rileverebbe come un mero comportamento» (pp. 127-128). In altre parole – conclude l'A. – «il giudizio di rilevanza avviene anteriormente e separatamente rispetto al giudizio sull'attribuzione

A ben vedere, i tre elementi in parola altro non sono che il risultato della prima parte del processo di concretizzazione dello schema normativo astratto: il riconoscimento del fatto materiale come formalmente corrispondente alla descrizione normativa produce (come risultato, appunto) la nascita di un 'fenomeno giuridico' costituito da un fatto rilevante giuridicamente (*oggetto*) di cui deve occuparsi una data P.A. (*soggetto*), la quale, utilizzando uno o più poteri tipici, deve curare un interesse pubblico specifico (*finalità*). L'atto composto (solamente) da detti elementi, però, non è ancora necessariamente dotato di efficacia¹⁴².

Oltre a costituire i requisiti essenziali dell'atto – ossia quelli senza i quali l'atto non può venire in vita –, questi tre elementi sembrano essere anche definitivi della sua natura, in quanto lo connotano rispetto agli altri atti in maniera del tutto peculiare: giusta la loro presenza, l'atto appartiene ad una certa categoria (atto di diritto pubblico), è imputabile ad un determinato plesso organizzativo, ed ha una certa natura giuridica (certamente non di atto normativo formalmente tale¹⁴³, né di sentenza).

del potere; anzi, proprio la coincidenza tra atto nullo ed atto rilevante conferma l'esigenza di tenere distinte le regole sulla rilevanza rispetto a quelle sulla produzione dell'atto amministrativo» (p. 128).

¹⁴² Come si è già avuto modo di ricordare (in merito cfr., *retro*, la nota 109 e la relativa parte di testo), secondo A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, p. 27, «per la esistenza giuridica di un fenomeno è elemento necessario e sufficiente il riconoscimento formale, e non anche la sua efficacia».

¹⁴³ In tale stadio del processo di concretizzazione della norma astratta l'atto in formazione, oltre ad un mero atto amministrativo, potrebbe essere anche un atto amministrativo fonte del diritto obiettivo, ossia un atto con la struttura formale dell'atto amministrativo, ma dal contenuto normativo. Tale possibilità potrà essere – a dir così – scongiurata solo nel momento in cui la P.A. ne avrà determinato il contenuto, appunto, dall'indagine sul quale dovrà emergere che dell'atto non rechi la vocazione/capacità di regolare la vita associata. La compiuta teorizzazione di siffatta categoria di atto amministrativo si deve a G. CLEMENTE DI SAN LUCA,

Una volta perfezionatosi nei suoi elementi costitutivi, affinché l'atto diventi idoneo a produrre gli effetti suoi propri, occorrerà che l'organo competente lo doti di ulteriori elementi essenziali per la sua efficacia (strutturali e non): tali sembrano potersi individuare nel contenuto¹⁴⁴ e nella esternazione¹⁴⁵.

Quanto al primo, esso – è pacifico – consiste in ciò che l'amministrazione dispone (ordina, vieta, certifica, ecc). Più precisamente, identificandosi dal punto di vista formale nel dispositivo (ciò che lo rende elemento strutturale, nel senso letterale della espressione, dell'atto), il contenuto è costituito dal potere effettivamente esercitato e, dunque, da ciò che (a seconda del potere stesso e delle eventuali integrazioni che, laddove nella norma residui spazio discrezionale, la P.A. ha apportato al suo «contenuto naturale»¹⁴⁶), l'atto realizza nel mondo giuridico¹⁴⁷.

Del resto, un atto senza contenuto, ossia senza il concreto esercizio di potere, benché esistente, sarebbe sostanzialmente inutile, in quanto totalmente improduttivo di effetti nella 'dimensione'

sia dell'interesse pubblico, sia di quelli privati coinvolti¹⁴⁸.

In tal modo 'ricostruito', peraltro, oltre a rappresentare l'elemento essenziale che permette all'atto di incidere effettivamente sulla (porzione di) realtà che ne è oggetto, il contenuto finisce per essere anche 'elemento identificativo' della categoria cui l'atto stesso appartiene, a prescindere dal *nomen iuris* nella pratica utilizzato (a volte impropriamente) dalla P.A.¹⁴⁹, e non di rado dalla stessa legge.

¹⁴⁸ Del medesimo avviso è ancora N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, il quale afferma che «un provvedimento privo di contenuto non è, per ipotesi, un provvedimento idoneo a produrre effetto alcuno, poiché manca della parte in cui, per l'appunto, si provvede: di quella parte cioè in cui la funzione diviene, materialmente, statuizione», discendendone che «la sua carenza determina necessariamente la nullità del provvedimento medesimo» (p. 864). Pure F.G. SCOCA, *Nozione cit.*, include il contenuto tra gli elementi essenziali del provvedimento, precisando però che «anche l'oggetto è rapportabile al contenuto decisionale» (p. 266), in quanto «non è la sua mancanza che può determinare la nullità bensì l'impossibilità della sua individuazione o della sua determinazione. In altri termini, si tratta di un difetto del contenuto dispositivo del provvedimento» (p. 265).

¹⁴⁹ Tale conclusione è condivisa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ritiene essere un «principio» quello per cui «l'atto amministrativo va qualificato per il suo effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispone, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarlo, eventualmente ed espressamente gli conferisca» (Adunanza Plenaria, n. 3/2003). Un'applicazione del principio in parola si rinviene nella sentenza della sez. V, n. 6316/2003, nella quale il Collegio deve occuparsi della qualificazione di un atto di revoca che, però, dall'amministrazione emanante è stata dotata di efficacia retroattiva. Il G.A. premette che «gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal nomen iuris adottato ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per di vizi di legittimità, con effetto ex tunc, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera ex nunc»; per poi concludere che la «inequivocabile volontà dell'ente di non attribuire alcun effetto, fin dall'origine, alla delibera oggetto del provvedimento di ritiro, non lascia dubbi in ordine al potere concretamente esercitato dall'Amministrazione, nel senso della "revoca" dell'atto con portata retroattiva».

L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo, Jovene, Napoli, 2003.

¹⁴⁴ In senso contrario A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, pp. 166-167.

¹⁴⁵ *Contra* ancora A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, pp. 167 ss.

¹⁴⁶ L'espressione è di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo cit.*, p. 250, secondo il quale è tale «quello che necessariamente fa parte dell'atto, perché serve ad individuarlo, a far sì che esso non possa confondersi con un atto diverso». Alla parte «naturale» si aggiungono sia la «parte implicita del contenuto [che] è quella che in esso è compresa, anche se non espressa, perché la legge prescrive che tutti gli atti di un dato tipo debbono comprendere alcune clausole, che essa stessa stabilisce»; sia la «parte eventuale», che «è costituita da quelle clausole che la volontà dell'organo deliberante può introdurre nell'atto, in aggiunta a quelle naturali e implicite, e talora a modificazione di queste ultime».

¹⁴⁷ In senso conforme, tra gli altri, N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo cit.*, p. 864, per il quale il contenuto «è ciò che il risultato della funzione fissa nella realtà, materiale e giuridica, innovando l'assetto degli interessi».

Raccogliendo le fila del ragionamento svolto fin qui, sembra potersi giungere ad una prima conclusione: il contenuto è, sì, uno degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, ma più che esserlo per l'esistenza dell'atto, sembra essere tale per la sua efficacia¹⁵⁰.

Bisogna adesso domandarsi se il contenuto sia il solo elemento (essenziale) necessario a rendere efficace l'atto amministrativo. E in una prima approssimazione, la risposta potrebbe essere affermativa.

Invero, nel momento in cui la P.A. definisce compiutamente «l'aspetto sostanziale dell'atto»¹⁵¹, la realtà oggetto dell'esercizio del potere potrebbe considerarsi oramai già regolata. Ebbene, da questa osservazione potrebbe (o quantomeno non sembrerebbe scorretto) ricavarci la convinzione che la determinazione del contenuto («al variare [del quale], varia il contenuto

degli effetti»¹⁵²) rappresenti il momento 'decisivo' affinché l'atto acquisti il carattere della esecutività, cioè l'astratta idoneità a produrre gli effetti giuridici per esso previsti dall'ordinamento.

Tuttavia, ponendo mente, per un verso, alla funzionalizzazione dell'atto amministrativo alla cura dell'interesse pubblico e di quelli privati coinvolti dall'azione in concreto (che si presentano rispettivamente come primario e secondari¹⁵³), e, per un altro, al suo peculiare regime giuridico, la conclusione secondo cui la sola definizione del contenuto sia sufficiente affinché la volontà della P.A. in questo espressa sia in grado di generare effetti nel mondo giuridico non convince appieno.

A tal proposito appare particolarmente significativo il fatto che l'atto amministrativo, a differenza di quello di diritto privato, è l'esito della estrinsecazione di un potere unilaterale finalizzato a curare interessi (quello pubblico specifico fissato in astratto nella norma attributiva del potere, e quelli pubblici e privati che con il primo interagiscono di volta in volta) che trascendono la 'personalità' di chi lo adotta. Proprio l'assenza del consenso da parte di coloro che subiscono gli effetti dell'atto (non solo i suoi diretti destinatari, ma anche i terzi) pare indurre a ritenere che la determinazione del contenuto non sia da sola in grado di 'costituire' l'esecutività, a tal fine essen-

¹⁵⁰ Ai fini della 'tenuta' di tale conclusione sembra irrilevante che la composizione degli interessi sia stata affidata alle scelte della P.A., oppure che la norma di azione contenga di già il 'regolamento' del rapporto tra amministrazione ed amministrato, ciò potendo (eventualmente) incidere solo sulla natura della situazione giuridica soggettiva del frontista, ove si accogliesse la tesi di E. CAPACCIOLI, *Manuale cit.*, p. 290, ad avviso del quale «mentre a fronte di atti discrezionali non possono allignare diritti soggettivi, questi sussistono invece, pur se non necessariamente, a fronte di atti vincolati». La tesi riguardante la corrispondenza tra l'attività vincolata (nel merito) ed il diritto soggettivo – espressa in diversi lavori (in particolare si v. *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo cit.*) e riproposta (all'interno di un lavoro che ripercorre il contributo teorico di Capaccioli sul tema) da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss. – non è condivisa da F.G. COCCA, *La teoria cit.*, il quale – confrontandosi proprio con lo scritto di Orsi Battaglini, la «costruzione» del quale viene ritenuta «non convincente» (p. 32) – afferma che «l'atto dell'Amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso di attività vincolata) può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costituzione dell'effetto, ossia indispensabile acciocché la disciplina degli interessi diventi giuridicamente rilevante» (p. 34).

¹⁵¹ È così che A.M. SANDULLI, *Manuale cit.*, p. 682, definisce il contenuto.

¹⁵² Così G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1994, il quale, riferendosi all'atto discrezionale, osserva che «ad ogni atto, che sia manifestazione di potere, si ricollegano [...] effetti di tipo diverso. E precisamente: effetti *tipici* o *legali*, i quali sono predeterminati dalla legge e sono eguali per ogni atto esercizio del potere; ed effetti *negoziali* o *precoettivi*, i quali hanno un contenuto corrispondente alla scelta compiuta» (pp. 101-102). Viceversa, all'atto amministrativo «in senso stretto», ossia quello che non comporta «l'effettuazione di alcuna scelta, ma solo la puntuale realizzazione di quanto la norma ha prescritto», «si ricollegano solo effetti tipici o legali» (p. 103).

¹⁵³ Utilizzando così le espressioni di E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Diritto e processo cit.*, pp. 100 ss., il quale ritiene che la «ratio» della P.A. sia «assicurare ad un tempo il soddisfacimento dell'interesse (pubblico) primario e di quelli (particolari) secondari» (p. 141).

do necessaria pure la sua esternazione (a prescindere dalle modalità attraverso le quali si manifesta)¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Il termine 'esternazione' non deve essere confuso, oppure ritenuto sinonimo di 'forma' – come talvolta è affermato in dottrina: ad esempio, i termini in parola sono sinonimi per A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 671, secondo cui «forma (= esternazione) è la veste sotto cui l'atto si presenta nel mondo esterno». A ben vedere, la forma sembra più che altro essere il modo in cui si esprime l'esternazione (in forma scritta, orale, ecc.). Cosicché, ai fini della idoneità dell'atto a produrre effetti, mentre quest'ultima non può mai mancare, la modalità a mezzo della quale essa si manifesta, vigendo il principio di libertà della forma, è irrilevante, salvo nei casi in cui il legislatore avverta la necessità che l'atto venga 'portato' all'esterno (della volontà del soggetto) attraverso una ben determinata forma, imponendola *ad substantiam*. Sulla distinzione tra esternazione e forma particolarmente efficaci sono le parole di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., pp. 255-256, secondo il quale la forma «è un modo di essere, della dichiarazione o dell'atto reale, di natura puramente legale, che la norma impone ai fini o della validità o dell'efficacia dell'atto, e per scopi diversi: di certezza dei rapporti, di conoscibilità per i terzi, di tutela di una o delle parti, e così via. La disciplina legale investe tanto il contenuto che deve avere la dichiarazione (o l'atto reale in quanto si debba formalizzare), quanto i modi da adottare affinché si renda manifesto verso l'esterno ciò che si dichiara o che si fa. Per questi motivi preferiamo parlare di esternazione anziché di forma: non solo perché altrimenti ci troveremmo dinanzi a locuzioni espressivamente complicate (quali potrebbero essere quelle di "contenuto della forma", e di "forma della forma"), ma anche perché l'esternazione non attiene alle sole dichiarazioni (come invece la dottrina privatistica ha ritenuto per lungo tempo) bensì anche agli atti reali, e non investe solo la volontà, ma anche l'oggetto, gli elementi eventuali e i fatti esterni equiparati ad elementi». Il tema dell'esternazione quale elemento essenziale per l'efficacia dell'atto non è da confondersi con quello ben diverso riguardante l'atto recettizio. Invero, l'efficacia cui si accede attraverso l'esternazione è quella che G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni* cit., p. 508, chiama anche «esecutività dell'atto», e che consiste nella «astratta idoneità a produrre effetti giuridici previsti per esso dall'ordinamento»; invece, l'efficacia che si acquista con la comunicazione dell'atto al suo destinatario (cfr. l'art. 21-bis, L. 241/1990) è quella che lo stesso A. qualifica come «*efficacia in senso stretto*, per intendere la effettiva capacità operativa dell'atto» (p. 508). La distinzione in parola sembra trovare conferma nel diritto positivo, l'art. 21-*quater*, L. 241/1990, prevedendo che «i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, sal-

È il carattere dell'autoritatività, a ben riflettere, ossia la capacità di generare unilateralmente effetti al di fuori dell'ordinamento particolare della P.A. (e, cioè, nella sfera giuridica di un soggetto diverso dalla persona giuridica che ha adottato l'atto¹⁵⁵), che rende necessaria (ai fini dell'efficacia) la esternazione, la quale rappresenta – a dir così – il veicolo attraverso il quale il contenuto 'lascia' la (persona giuridica) P.A. per incidere sull'oggetto¹⁵⁶.

In altre parole, l'esternazione assolve al compito di rendere oggettivamente conoscibile l'esercizio

vo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo».

¹⁵⁵ Secondo la ricostruzione di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento* cit., «l'autoritatività attiene alla non coincidenza tra i soggetti che dettano il regolamento degli interessi e i soggetti che sono titolari degli interessi coinvolti nel regolamento» (p. 50). L'A. – nella nota 109, p. 50 – precisa la nozione in parola, affermando che «condotta alla sua essenzialità, l'autoritatività non può che attenere al regolamento degli interessi, nel senso che è autoritativo il regolamento non formulato dal titolare degli interessi, ma a lui imposto da altri. L'autoritatività consiste pertanto nel potere di imporre ad altri un regolamento di interessi». Per un'ampia indagine sul concetto di autoritatività (sovente considerata sinonimo di imperatività) si v. AA.II., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti (Atti del Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Bari 30 settembre - 1 ottobre 2011)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, all'interno del quale si v., in particolare, i lavori di F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, pp. 9. ss.; B.G. MATTARELLA, *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, pp. 21 ss.; E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione, poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, pp. 91 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Autoritatività e/o imperatività dell'atto amministrativo nell'analisi comparata degli ordinamenti italiano e statunitense*, pp. 153 ss.; S. CASSESE, *L'atto autoritativo ovvero alla caccia allo Snarco*, pp. 319 ss.; A. ROMANO, *Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, pp. 363 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Relazione conclusiva*, pp. 383 ss.

¹⁵⁶ L'opinione è condivisa da G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi* cit., p. 166, secondo il quale «da una qualsiasi "forma", quale esternazione del precetto, l'atto amministrativo comunque non avrebbe potuto prescindere, poiché solo a mezzo dell'esternazione esso può raggiungere il suo effetto pratico di regolazione dei rapporti sociali». Del medesimo avviso è R. VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., per il quale «non è immaginabile una statuizione che non abbia una veste esteriore» (p. 797).

del potere autoritativo della P.A. a soggetti da questa diversi¹⁵⁷.

In definitiva, la ricostruzione che si propone conduce a considerare la esternazione – che, diversamente dal contenuto, non è propriamente (anche) un elemento strutturale dell’atto – un elemento essenziale per l’efficacia: invero, considerate la teleologia e la unilateralità (del potere¹⁵⁸, e quindi) dell’atto amministrativo, la sua capacità di incidere sulla situazione soggettiva dei titolari degli interessi coinvolti nell’esercizio del relativo potere (con il conseguente obbligo conformativo che grava su questi) pare essere in grado di perfezionarsi (così concludendosi il processo di concretizzazione della norma astratta¹⁵⁹) solamente allorquando la sua parte precettiva sia stata manifestata all’esterno, in tal modo – come visto – ‘mettendosi in relazione’ la volontà espressa dall’autore dell’atto (la P.A.) ed i soggetti (pubblici e privati) suoi destinatari¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Si pensi ad un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del ‘frontista’ (ad esempio, una concessione), il quale, giusta l’autoritatività del potere di cui è espressione, non sembra potersi ‘imporre’ nei confronti dei soggetti e degli interessi oggetto del potere stesso (‘favorendo’ il concessionario, e di conseguenza, da un lato, perseguendo l’interesse pubblico, e, dall’altro, eventualmente sacrificando altri interessi pubblici e privati) se non dopo che la volontà della P.A. sia stata esternata.

¹⁵⁸ Ad avviso di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento* cit., «non esistono provvedimenti autoritativi, ma soltanto poteri autoritativi: l’autoritatività del provvedimento non è altro che l’immagine riflessa dell’autoritatività del potere» (p. 49).

¹⁵⁹ Anche E. CAPACCIOLI, *Manuale* cit., p. 391, ritiene che la forma «costituisce momento conclusivo del procedimento di formazione dell’atto», facendone conseguire però che «finché essa manca siamo di fronte ad un atto non ancora portato a compimento e dunque inesistente», ed aggiungendo altresì che «la inesistenza è allora addirittura materiale». Sono della medesima opinione R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento* cit., p. 358, ad avviso dei quali «l’elemento formale, la carenza della c.d. forma *ad substantiam* [...] riguarda piuttosto la perfezione dell’atto, concernendo il momento conclusivo del procedimento di formazione», derivandone che «l’atto imperfetto non produce effetti non perché nullo, ma appunto perché la fattispecie non è completata».

¹⁶⁰ Anche F.G. SCOCA, *Nozione, elementi e classificazione* cit., p. 267, inserisce l’esternazione, «ossia la manifestazione

Gli elementi essenziali per l’efficacia dell’atto amministrativo, quindi, sembrano essere il contenuto e la esternazione, i quali potrebbero essere espressi anche unitamente, adoperandosi una formula in grado di descrivere la loro necessaria ‘concorrenza’ al fine di rendere efficace l’atto (già) esistente: il ‘contenuto esternato’.

È il ‘contenuto esternato’ – comprensivo, come chiarito, di due elementi giuridicamente ben distinguibili – che, una volta esaurito il ‘momento della rilevanza’ con la constatazione della conformità tra il fatto materiale e la fattispecie astratta, rende l’atto in grado di ‘strutturare’ la (porzione di) realtà oggetto dell’esercizio del potere, imprimendole un certo ordine giuridico. Cosicché, l’atto diventa efficace allorquando la sua parte precettiva viene resa oggettivamente conoscibile all’esterno (dell’ordinamento particolare) della P.A. attraverso, appunto, l’esternazione (a prescindere dalla modalità di questa, salvo che sia prescritta una data forma *ad substantiam*)¹⁶¹.

all’esterno del contenuto decisionale del provvedimento», tra gli elementi essenziali, «dato che nessun atto giuridico può essere tale se non ne viene resa possibile la conoscibilità». La conclusione è condivisa da N. PAOLANTONIO, voce *Nullità* cit., il quale appunta la propria attenzione sulle delibere degli organi collegiali non verbalizzate. Partendo dal presupposto che il verbale è «il *corpus mechanicum* del provvedimento», l’A. afferma che la sua carenza «impedisce al deliberato di manifestarsi nella realtà effettuale, sicché deve convenirsi con la giurisprudenza che associa al difetto di verbalizzazione l’improduttività degli effetti dell’atto; e quindi la nullità dell’atto deliberativo» (p. 864). Di diverso avviso è F. BENVENUTI, *Appunti* cit., il quale osserva che la forma «non è che il momento di estrinsecazione sensibile della funzione e quindi, il suo momento terminale, in cui cioè si concreta il potere, di esternazione dell’atto». Di talché – conclude l’A. – essa «non può, a stretto rigore, essere considerata come un elemento essenziale a sé stante», elemento essenziale essendo «la funzione e non il modo della sua esternazione» (p. 97).

¹⁶¹ Ai fini della esecutività dell’atto – come già riferito, *retro*, alla nota 154 – sembra essere irrilevante la modalità della esternazione, la P.A., giusta il principio della libertà della forma, potendo indifferentemente manifestare la propria volontà tanto in maniera espressa, quanto a mezzo di un atto implicito o di un silenzio. La conclusione pare dover essere

Al fine di rilevare la nullità per la mancanza degli elementi (qui ritenuti) essenziali per l'efficacia dell'atto amministrativo¹⁶², non può non osservarsi che, mentre è possibile che il contenuto dell'atto non venga esternato, diversamente, il caso che il contenuto manchi sembra una ipotesi più teorica che pratica¹⁶³.

Tuttavia, non è detto che per comminare la nullità *ex art. 21-septies* sia necessario che l'elemento

dissimile allorché la forma (della esternazione) venga dalla legge prescritta *ad substantiam*. Invero, la forma *ad substantiam* costituisce un requisito di validità della esternazione apposto dal legislatore che, in una determinata fattispecie, ha ritenuto opportuno sottrarre alla P.A. la scelta della forma dell'atto così da garantire il perseguimento di un determinato interesse. La mancanza della forma prescritta *ad substantiam* – è pacifico – rende l'atto nullo. Per cui, sebbene sul piano giuridico-concettuale esternazione e forma – ad avviso di chi scrive – restino diverse, non può non osservarsi che, ai fini della capacità dell'atto amministrativo di produrre effetti, tra la mancanza *tout court* della esternazione e la violazione del requisito di validità in parola sostanzialmente non v'è differenza alcuna.

¹⁶² Operazione che si mostra sempre piuttosto complessa, così come osserva M.C. CAVALLARO, *Gli elementi* cit., ad avviso della quale «non è facile distinguere il caso in cui la nullità può essere ricondotta all'assenza di un elemento piuttosto che di un altro: ma si tratta di un fenomeno noto anche alla dottrina civilistica, che tuttavia non riduce il valore e il significato della nullità di un atto per mancanza di un elemento essenziale». L'A. – dopo aver riportato l'opinione di G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in G. VETTORI (a cura di), *Trattato del contratto*, vol. II, pp. 1 ss., secondo il quale «tutte le ipotesi di nullità per assenza dei requisiti essenziali sono tra loro legate, condizionandosi reciprocamente» (p. 33) – conclude «nel senso che non rileva il fatto che l'atto manchi di causa o di volontà o di forma. Rileva semmai che quell'atto sia nullo» (p. 222).

¹⁶³ Anche se non ne mancano esempi: il Tar Liguria, sez. I, n. 790/2007, ha dichiarato nullo il provvedimento di annullamento da parte della Soprintendenza di una autorizzazione paesaggistica a sua volta nulla perché adottata in violazione del giudicato, affermando che «l'oggetto dell'atto di annullamento [...] è un atto del tutto privo di effetti in quanto nullo, con conseguente nullità dell'atto tutorio della Soprintendenza per difetto di oggetto; infatti, in caso di esercizio del potere di controllo paesaggistico il relativo oggetto non avrebbe potuto che essere un provvedimento di autorizzazione paesaggistica efficace, che nel caso di specie non sussiste trattandosi di atto nullo per violazione del giudicato».

essenziale 'manchi' nel senso letterale del termine: invero, nonostante la disposizione preveda che è nullo l'atto che «manca» degli elementi essenziali, non pare scorretto ritenere che la medesima 'sanzione' possa altresì conseguire al ricorrere di un grave 'stato invalidante' di ciascun singolo elemento essenziale che sostanzialmente equivalga alla sua effettiva mancanza¹⁶⁴.

L'osservazione è condivisa dalla giurisprudenza, che, proprio con riguardo al contenuto quale elemento essenziale dell'atto amministrativo, offre una (scarna ma) interessante casistica. Ad esempio, ritenendo che «la formazione della volontà dell'allora sindaco era avvenuta in modo non libero e spontaneo ma in ambiente collusivo penalmente rilevante», il G.A. ha sostenuto che la volontà dell'organo risultasse essere affetta da una grave forma di illiceità, configurandosi così la nullità dell'atto per mancanza di uno degli elementi essenziali¹⁶⁵. Oppure, giudicando un atto adottato sulla scorta di una errata istruttoria (dovuta al mancato coordinamento tra i diversi organi coinvolti nel medesimo procedimento), dalla quale era emerso che sussistessero i presupposti per procedere all'annullamento d'ufficio, il Collegio lo ha ritenuto «carente degli elementi essenziali», sentenziando che «per mero errore di coordinamento fra uffici, l'effetto dispositivo in esso contenuto non corrisponde affatto alla reale volontà espressa (elemento essenziale dell'atto) dall'amministrazione nel corso del procedimento di istruzione»¹⁶⁶.

¹⁶⁴ L'opinione è piuttosto diffusa in dottrina. Ad esempio, A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 682, afferma che «perché l'atto esista, occorre che il suo contenuto sia [...] determinato o determinabile (a es. non ha un contenuto siffatto un atto che conceda una autorizzazione senza precisare, in modo sufficiente, a che cosa), possibile (a es., non ha contenuto possibile un atto che consenta a privati l'esercizio di una attività riservata a un ente pubblico [...]), e lecito (a es., non ha contenuto lecito l'ordine di sottoporre un detenuto a maltrattamenti)».

¹⁶⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 890/2008.

¹⁶⁶ Tar Liguria, sez. II, n. 344/2011, la cui conclusione appare tutt'altro che condivisibile, in quanto dal rappresentato difet-

Ma si pensi pure ad un atto con il quale si è provveduto a dare in locazione un bene demaniale – che, considerata la sua natura, può essere oggetto – com'è noto – solo di concessione¹⁶⁷: in un atto siffatto il contenuto esiste, ma è incapace di produrre effetti sul suo oggetto e sull'interesse pubblico, in quanto è il risultato dell'esercizio di un potere diverso da quello attribuito alla P.A. dalla norma di azione, il che è come dire che non esiste affatto¹⁶⁸.

L'ampliamento del raggio di applicazione dell'art. 21-*septies* oltre i casi in cui si verifichi la mancanza *tout court* del contenuto fino a ricomprendere quelli in cui questo sia affetto da uno stato invalidante particolarmente grave (tanto da generare la nullità), pare comportare una significativa conseguenza sulla capacità dell'atto nullo di dare origine ad «una (problematica) serie di attuazioni ed esecuzioni *sine titulo*»¹⁶⁹.

Si è già osservato che l'esecutività dell'atto non può prescindere dalla presenza del precetto che 'investe' l'oggetto: sicché, se il contenuto manca del tutto, dall'atto (nullo) non potrà discendere alcun tipo di effetto. Diversamente, se il contenu-

to esiste ma è così gravemente viziato da 'meritare' la comminazione della nullità, l'atto (parimenti nullo) potrebbe essere comunque in grado di produrre gli effetti corrispondenti al precetto espresso dalla P.A.

Ma, la medesima considerazione pare doversi estendere pure all'altro elemento essenziale per l'efficacia, l'esternazione: ad attentamente riflettere, anche se il contenuto viene manifestato in modo gravemente invalido (ad esempio, in difetto della forma prevista *ad substantiam*), non sembra potersi escludere che l'atto, benché affetto da nullità, possa 'ricevere' effettiva esecuzione, diversamente dal caso in cui la esternazione (del contenuto) manchi del tutto.

6. Conclusioni: l'evoluzione del sistema dell'invalidità dell'atto amministrativo e la connessa necessità di aggiornare la teoria di quest'ultimo

Si è già riferito che, tanto nel secolo passato, quanto nel primo scorcio di questo, la dottrina si è lungamente occupata della teoria dell'atto amministrativo. Parimenti, è stato oggetto di numerosissimi ed approfonditi studi anche il sistema della sua invalidità, il quale solo di recente pare essersi avviato a trovare un assetto più compiutamente definito, che, invece, era storicamente mancato proprio a causa della difficoltà di inquadrare dentro schemi ben precisi il suo oggetto, l'atto.

A ben vedere, è soprattutto la forma di invalidità classica dell'atto amministrativo, cioè l'annullabilità, ad aver avuto una pressoché definitiva sistemazione: ciò, con ogni probabilità, è da ascrivere al fatto che essa è sempre più funzionalizzata a garantire la tutela nei confronti (non solo del provvedimento, ma, più in generale) dell'attività amministrativa, così risentendo sempre meno delle incertezze concettuali che da sempre 'accompagnano' l'atto amministrativo.

Lo stesso non sembra potersi dire della nullità, soprattutto di quella che consegue alla mancanza degli elementi essenziali, la quale trova ancora

to di istruttoria sembrerebbe discendere non la nullità *ex art. 21-septies*, bensì la violazione dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, appunto.

¹⁶⁷ Cfr. Cassazione civile, sez. III, n. 5346/2000.

¹⁶⁸ A meno che il contenuto venga utilizzato dall'interprete per cercare di identificare il potere concretamente esercitato, così facendo salvi gli effetti dell'atto. Un esempio di tale operazione interpretativa si rinviene in Consiglio Stato, sez. V, n. 725/2000, il quale, nel giudicare una delibera comunale che concede in locazione ad un imprenditore una porzione di una pubblica piazza affinché vi svolga la propria attività commerciale, afferma che «la qualificazione del rapporto, invero, deve prescindere dalla denominazione formale adoperata dalle parti, traendo spunto solo dalla natura sostanziale delle rispettive posizioni soggettive. È, pertanto, irrilevante la circostanza che le parti in causa si siano riferite testualmente alla categoria della locazione ed a quella dell'affitto».

¹⁶⁹ L'espressione è di F. LUCIANI, *op. cit.*, p. 15, il quale – come già riferito, *retro*, nella nota 126 – è dell'opinione che l'atto nullo possa essere fonte di «effetti *indiretti* (tipici dell'atto rilevante e invalido)».

applicazione con un margine di incertezza difficilmente accettabile, soprattutto se si considera la non secondaria importanza che tale figura pare ormai aver acquisito nel diritto amministrativo¹⁷⁰.

Invero, la disciplina di cui all'art. 21-septies – il quale, come si è visto, recepisce le conclusioni cui una gran parte della dottrina era giunta già in passato¹⁷¹ (nulla aggiungendo loro) – consente di «riconoscere con sicurezza che la qualificazione della nullità risulta applicabile ai provvedimenti amministrativi»¹⁷², cosicché, ad oggi, si può affermare senza temere smentita che il sistema della invalidità dell'atto amministrativo consta sia della annullabilità sia della nullità¹⁷³.

Tuttavia, questo non è l'unico, né il più rilevante, elemento di novità che, quantomeno nell'ultimo

decennio, ha riguardato la nullità come figura di invalidità dell'atto amministrativo.

Ed infatti, proprio l'"incontro", a dir così, della nullità con l'atto amministrativo, o più precisamente con alcuni dei suoi caratteri (l'autoritatività e l'esecutività), ha comportato una parziale (ma particolarmente significativa) modificazione (di parte) del suo regime giuridico tradizionalmente inteso. Modificazione che la dottrina non manca di rilevare, notandosi «nell'attuale ordinamento la presenza di tracce normative rivelatrici di un sistema nel quale la rilevanza spinge il provvedimento nullo verso la sua esecuzione (anche coattiva), rinviando al giudice l'accertamento della validità e dell'inefficacia e l'adozione delle misure conservative o ripristinatorie rispetto al "già eseguito"»¹⁷⁴.

Nella evoluzione del regime giuridico della nullità un ruolo decisivo è da assegnare ad un recente orientamento del Consiglio di Stato, che, 'superando' le conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria n. 2/1992, riconosce al provvedimento amministrativo nullo «una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari)»¹⁷⁵.

Insomma, per un verso, sembra definitivamente affermarsi l'autonomia della nullità (quale forma di invalidità dell'atto amministrativo) rispetto alla inesistenza, mentre, per un altro, una parte del suo regime giuridico pare sempre più 'sfu-

¹⁷⁰ Importanza che le riconosce, tra gli altri, M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità* cit., p. 1, la quale rileva che la nullità «è entrata nella cultura del diritto amministrativo [...] con una sorta di "ritardo storico"».

¹⁷¹ Tra le più risalenti si v. quelle di A. PIRAS, *voce Invalidità* cit., p. 602, il quale, si domanda: «deve dunque affermarsi che non esistono atti amministrativi nulli, che la categoria della nullità non trova applicazione per i provvedimenti amministrativi?». L'A., nel ricordare che «la dottrina dominante e la giurisprudenza sono concordi nel rispondere positivamente a questa domanda», osserva che non manca chi, sulla scorta di «argomenti [...] di carattere dogmatico e di ordine positivo», già in allora era giunto ad ammettere l'esistenza di atti amministrativi nulli.

¹⁷² Così R. VILATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 341-342.

¹⁷³ L'allargamento del sistema dell'invalidità dell'atto amministrativo alla nullità «anche per difetto dei caratteri strutturali», ad avviso di P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento* cit., pp. 177 ss., «avvicina inevitabilmente il tipo giuridico dell'atto amministrativo a quello generale dell'atto giuridico, e lo allontana così da quella natura politico-imperativa, espressione di sovranità, che ne ha condizionato il regime giuridico delle origini; e, di conseguenza, fa divenire meno rilevanti quelle apparenti differenze giuridiche tra provvedimento e negozio da cui derivano le differenti forme di validità e invalidità delle due tipologie, legata prevalentemente agli interessi, nel primo caso, agli elementi dell'atto, nel secondo» (p. 183).

¹⁷⁴ Così F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento* cit., p. 154, il quale, nell'osservare che «l'inefficacia dell'atto è regola che riguarda l'effetto, ma perde di significato quando all'atto nullo (fattispecie inefficace, inesequibile, ma giuridicamente rilevante) si dà comunque esecuzione», ritiene che «dire che il provvedimento amministrativo nullo è inefficace ed inesequibile, costituisce affermazione corretta, ma allo stesso tempo approssimativa per difetto» (p. 143).

¹⁷⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5799/2011 cit.

mare' in quello (fin qui tipico solamente) dell'annullabilità.

Proprio i contenuti della evoluzione in parola stanno a dimostrare come, nel sistema della invalidità dell'atto amministrativo, la figura della nullità abbia un rilievo decisamente diverso rispetto al passato.

Ciò nondimeno, la ricostruzione della struttura del suo oggetto è tutt'altro che condivisa, il che rende la disciplina della nullità per mancanza degli elementi essenziali applicabile con un notevole margine di incertezza. Di talché l'importanza che il legislatore, da un lato, e la giurisprudenza, da un altro, sembrano riconoscere alla nullità quale forma di invalidità dell'atto amministrativo rischia di essere (almeno in parte) ridimensionata fintantoché non si pervenga alla definizione della struttura di quest'ultimo.

A tal fine, è sembrato, per un verso, metodologicamente corretto, e, per un altro, concettualmente inevitabile, prendere le mosse dagli studi di teoria generale che hanno isolato la nozione di rilevanza giuridica, individuandola come snodo fondamentale del processo che, principiando dal fatto materiale extra-giuridico, giunge fino alla produzione dell'effetto giuridico.

Ed è proprio sulla scorta del concetto di rilevanza giuridica che si è provato a ricostruire la dinamica di produzione dell'atto amministrativo. Come riferito, l'acquisto di rilevanza giuridica da parte di un atto è il risultato della verifica della conformità tra fatto materiale e fattispecie normativa: per cui, affinché l'atto risulti giuridicamente rilevante, e dunque esistente, deve provenire da un soggetto dotato di potere amministrativo, avere un oggetto ed essere funzionalizzato a perseguire un interesse pubblico.

Tuttavia, la presenza degli elementi (essenziali) rilevanti per la esistenza appena elencati non consente la produzione di alcun effetto, l'acquisto dell'efficacia completandosi solamente allorquando il contenuto, dopo essere stato definito, viene manifestato all'esterno dalla persona giuridica che lo adotta: come si è chiarito, la ca-

pacità dell'atto di incidere sull'oggetto non può che essere subordinata alla determinazione del precetto, e cioè al concreto esercizio del potere, diversamente quest'ultimo restando inespresso, il che impedirebbe il compimento del processo di concretizzazione della norma.

Insomma, il tentativo di ricostruire la struttura dell'atto amministrativo non può limitarsi alla (né cominciare dalla) individuazione degli elementi essenziali *ex art. 21-septies*, questi venendo in rilievo solo nel 'momento' della efficacia. Invero, tale tentativo non può prescindere dall'indagare l'atto fin dalla nascita, prendendo le mosse dal processo di qualificazione giuridica, il quale 'restituisce' i suoi elementi (essenziali in quanto) esistenziali. La presenza di questi, però, ancora non consente all'atto di esprimere gli effetti giuridici propri del potere del quale in astratto l'amministrazione competente è attributaria¹⁷⁶: è necessario, infatti, che tale potere venga (correttamente) tradotto nell'elemento strutturale dell'atto, il contenuto, il quale dovrà essere poi esternato, cosicché l'atto stesso possa accedere alla 'dimensione' dell'efficacia.

In definitiva, il tipo di nullità in parola (e, in diretta derivazione, il relativo strumento processuale) sembra predicabile limitatamente agli elementi essenziali per l'efficacia dell'atto (cioè al contenuto ed alla esternazione), e non nei confronti degli altri elementi che dalla dottrina tradizionale sono stati qualificati come essenziali (soggetto, oggetto e finalità), i quali, più propriamente, sembrano costituire gli elementi essenziali per la sua esistenza, ciò comportando che il loro difetto consenta neppure di riferirsi ad un atto, rendendo così inapplicabile qualsiasi forma di invalidità approntata dall'ordinamento.

¹⁷⁶ Alla sola rilevanza giuridica, infatti, non si accompagna la produzione di effetti, benchè essa, la quale costituisce «la forma generale che permette di distinguere le fattispecie giuridiche dai fenomeni che non posseggono tale qualifica», sia «essenzialmente preordinata in funzione dell'efficacia» (così A. FALZEA, *Il soggetto cit.*, p. 27).

Nel pervenire alle conclusioni dello studio svolto mette conto infine di rilevare che l'ipotesi che si è provata a dimostrare in tesi richiede di affrontare un cospicuo insieme di altri temi: quello degli elementi essenziali – che in alcune sue trattazioni manualistiche pare vivere una sorta di 'isolamento' rispetto ad argomenti che nell'indagine sono sembrati da esso inseparabili – si è rivelato, così come si era pensato, particolarmente significativo per la ricostruzione teorica dell'atto amministrativo nel suo complesso.

Non sembra esservi dubbio che la tesi proposta meriti d'essere confermata (ovvero, più o meno decisamente, rielaborata) all'esito di ulteriori approfondimenti, volti a verificare in particolare: *a*) se essa possa riguardare tutti gli atti amministrativi oppure il solo provvedimento; *b*) il possibile mutamento della natura giuridica dell'azione di nullità (da dichiarativa in costitutiva), ciò che confermerebbe la progressiva evoluzione della figura (sostanziale) della nullità, per molti aspetti sempre più simile alla annullabilità; *c*) la natura della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il destinatario di un provvedimento nullo ma efficace, che, in quanto tale, con ogni probabilità richiede la proposizione di un'azione costitutiva per la rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti.

Gli appena enunciati ulteriori approfondimenti costituiscono, con ogni evidenza, un nuovo programma di ricerca. Quel che il presente studio si proponeva, in fondo, era di riaprire il dibattito su una tesi che, proprio per aver ricevuto una così diffusa e generalizzata adesione, si è spesso sottratta ad una franca rivisitazione critica.