amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

L'inoppugnabilità dell'atto alla prova del nuovo processo amministrativo*

di Ruggiero Dipace

Sommario

1. Il concetto di inoppugnabilità; 2. Il problema della definizione dei confini della inoppugnabilità nell'evoluzione del processo amministrativo verso una tutela diversificata dell'interesse legittimo; 3. Atto nullo e inoppugnabilità; 4. Inoppugnabilità e disapplicazione: due istituti in contiguità.

1. Il concetto di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo

Nel 1970 il professore Paolo Stella Richter pubblicava la fondamentale monografia sull'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo[1].

Lo studio si proponeva di approfondire la funzione a cui adempie il termine di decadenza per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo nonché le ripercussioni che la mancata proposizione del ricorso nel termine ha sull'atto e sulle situazione giuridiche a esso collegate. Il lavoro era di ampissimo respiro in quanto, dopo aver fissato i presupposti del concetto della inoppugnabilità e le sue vicende, trattava della disapplicabilità degli atti amministrativi, della evoluzione della giurisdizione amministrativa e del suo oggetto, della pretesa processuale e dell'interesse legittimo in correlazione con il termine di decadenza, dell'inoppugnabilità come vicenda del rapporto amministrativo, dell'acquiescenza, del ricorso incidentale e, infine, del provvedimento impugnabile.

Il lavoro si collocava in una realtà in cui il processo amministrativo era ancora caratterizzato dalla primazia dell'azione di annullamento e il dibattito circa l'oggetto del processo amministrativo non si era ancora compiutamente concentrato sulla indagine del rapporto amministrativo.

In questo contesto "classico" si colloca il lavoro sulla inoppugnabilità. Si tratta di un istituto che da sempre si situa in mezzo al guado tra le sponde del diritto sostanziale e quelle del diritto processuale e per questo ha avuto un ruolo centrale nell'ambito del diritto amministrativo.

Ripercorrendo il tracciato solcato dal prof. Stella Richter oggi ci si chiede che ruolo abbia la inoppugnabilità in un contesto notevolmente mutato in cui il processo amministrativo è stato rivoluzionato fin dalle sua fondamenta attraverso l'opera concomitante della dottrina, della giurisprudenza e del legislatore che spesso si è trovato a inseguire e recepire le intuizioni e le innovazioni dei primi due attori.

* *Il presente saggio è destinato agli "Studi in onore del Professore Paolo Stella Richter".*

[1] P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

Lo studio di Stella Richter a distanza di oltre trent'anni rappresenta un sicuro punto fermo per ogni studioso che voglia occuparsi della materia.

Esso ha contribuito a scardinare definitivamente la concezione di inoppugnabilità come qualità dell'atto per cui, una volta spirato il termine decadenziale, sarebbe stato precluso al giudice effettuare qualsiasi sindacato, anche in via incidentale, sul provvedimento[2]. Si trattava di una posizione che considerava l'inoppugnabilità come una "qualità che si acquista al provvedimento per effetto del decorso del termine di impugnativa, e che rende inattaccabili definitivamente gli effetti sostanziali"[3].

L'inoppugnabilità non è una qualità o una caratteristica dell'atto bensì una preclusione ad aggressioni del provvedimento nelle forme e nei termini stabiliti dalle norme processuali che tendono al suo annullamento[4]. L'atto di-

---

[2] Il primo autore a occuparsi della inoppugnabilità è M. BRACCI, *L'atto amministrativo inoppugnabile ed i limiti dell'esame del giudice civile*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, 149, il quale distingue tra diversi gradi di definitività. Il primo grado corrisponde a quell'atto che non è soggetto, o non lo è più, a ricorsi gerarchici, sia perché questo rimedio è già stato esperito sia perché quello specifico atto viene considerato dall'ordinamento l'ultima parola dell'amministrazione su quell'oggetto. Il secondo grado di definitività è proprio dell'atto nei confronti del quale non possono più essere proposti ricorsi ma che tuttavia può essere revocato dalla stessa amministrazione. Questa condizione si identifica con l'inoppugnabilità ossia l'impossibilità di far valere ulteriormente, in via di azione, gli interessi legittimi lesi. Il momento in cui l'atto diventa inoppugnabile segna la fine del potere del privato di difendere giuridicamente i propri interessi lesi dall'atto amministrativo. Il terzo grado costituisce la vera definitività: gli atti oltre a non essere più suscettibili di ricorsi gerarchici o d'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, non possono neppure essere più revocati dalla stessa amministrazione. Si tratta degli atti "irrevocabili".

[3] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, vol. I, 542, fa derivare l'inoppugnabilità direttamente dalla autoritarietà dell'atto. L'autoritarietà con riferimento ai provvedimenti negativi comporta, invece, l'esclusione della possibilità da parte degli interessati di pretendere ulteriormente dalla amministrazione le modificazioni giuridiche richieste che l'amministrazione abbia rifiutato. In queste ipotesi, salvo autonomi ripensamenti della pubblica amministrazione, la decisione della "non spettanza" risulta definitiva. Inoltre, l'inoppugnabilità opera soltanto sul piano giustiziale, consistendo nell'inattaccabilità, ai fini caducatori in sede amministrativa e giurisdizionale dell'atto. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 189, tuttavia, constata l'incertezza in ordine alla qualificazione dell'istituto. Posizione ribadita nel suo *Diritto amministrativo*, MIlano, vol. II, 305, ove si afferma che il principio dell'inoppugnabilità è innanzitutto una deroga vistosa al principio di legalità, perché, se decorrono i termini per l'esperimento delle misure di tutela delle situazioni giuridiche senza che esse siano esperite, le situazioni soggettive medesime non sono più tutelabili. In proposito, però, rileva che "comunque non è la trasformazione della fattispecie invalida in fattispecie valida (ossia non è un fatto convalidante); ne è la cessazione di uno stato di pendenza o precarietà del provvedimento (cioè non è una consolidazione); né è assimilabile a un fatto di durata con effetto impeditivo (come la prescrizione)". L'inoppugnabilità (per i provvedimenti invalidi ma anche e soprattutto per quelli validi) si deve considerare come una garanzia dell'efficacia del provvedimento di cui la norma ha munito l'amministrazione ai fini della tutela dell'interesse pubblico. Conseguentemente, il mutamento dell'interesse pubblico e, quindi, la possibilità da parte dell'amministrazione di adottare provvedimenti espressione del potere di autotutela possono far venir meno tale garanzia. La concezione di Giannini mette in crisi la ricostruzione dell'istituto alla quale era pervenuto Bracci e, addirittura, come sottolinea P. STELLA RICHTER (*L'inoppugnabilità*, cit., 31), mette a nudo l'inconsistenza del concetto e giustifica conclusioni completamente negative sulla sua stessa legittimità e utilità.

[4] P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, cit., 20, ritiene del tutto inammissibile considerare l'inoppugnabilità dell'atto come una qualità o un nuovo attributo del provvedimento amministrativo, mentre è una situazione in cui possono venirsi a trovare gli effetti concreti dell'atto amministrativo (e come tale l'inoppugnabilità

venuto inoppugnabile può essere revocato o annullato dalla stessa amministrazione allorché eserciti il potere di autotutela ovvero può essere disapplicato dal giudice (ordinario). In sostanza, l'atto inoppugnabile non diventa per ciò solo intangibile[5].

Quella che nega il valore di qualità dell'atto alla inoppugnabilità è un'impostazione che si potrebbe definire processualistica[6]. La consolidazione di cui parla parte della dottrina "avviene di riflesso, in via puramente negativa, in quanto alla decadenza non si collega alcun effetto sulla validità ed efficacia dell'atto"[7]. Non si può parlare di presunzione di legittimità in termini assoluti poiché "se non è ammissibile l'impugnazione da parte degli interessati, è pur sempre possibile, in via generale, che il vizio venga rilevato, d'ufficio o dietro semplice denuncia, dall'autorità amministrativa che lo ha emanato o da quella a essa superiore"[8].

Non solo, ma la precarietà degli effetti dell'atto amministrativo, divenuto inoppugnabile, è dimostrata anche dalla circostanza che l'atto può essere impugnato da soggetti per i quali il termine di decadenza non sia ancora decorso.

Tutti questi elementi impediscono di considerare la inoppugnabilità come una qualità dell'atto[9].

D'altra parte ciò è coerente con l'insegnamento classico secondo il quale soltanto il diritto di azione si prescrive o è soggetto al termine di decadenza[10].

non si riferisce solo ed esclusivamente al provvedimento finale bensì a tutti gli atti amministrativi autoritativi, *op. cit.*, 23).

[5] Questa conclusione è affermata anche negli studi recenti sul provvedimento. Si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 305, per i quali, l'inoppugnabilità "in relazione al fatto preclusivo della decorrenza dei termini per l'impugnazione costituisce una garanzia dell'efficacia della statuizione provvedimentale, sia questa valida o invalida. Siffatta garanzia dell'efficacia del provvedimento è in ogni caso disponibile per l'amministrazione, dal momento che una mutazione dell'interesse pubblico può condurre l'amministrazione a mutare decisione e in ciò essa non trova ostacolo nell'inoppugnabilità formatasi". L'inoppugnabilità non viene considerata come qualità dell'atto neppure da B.G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, cit., 4738, secondo il quale questa renderebbe definitivo il fenomeno di disgiunzione tra validità ed efficacia nel caso di atti illegittimi e ciò sarebbe solo funzionale all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici

[6] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 587, definisce l'inoppugnabilità come la condizione in cui l'atto si trova una volta decorsi i termini per impugnarlo. Al pari di Giannini, Casetta nega alla inoppugnabilità alcun effetto sanante sull'atto stesso, tanto che l'atto inoppugnabile viene distinto da quello convalidato. Benché l'inoppugnabilità comporti l'inattaccabilità dell'atto, la differenza con la convalida risiede nel fatto che la figura opera solo sul piano giustiziale e l'atto rimane pur sempre annullabile d'ufficio o disapplicabile dinanzi al giudice ordinario.

[7] E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1962, 24.

[8] G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

[9] Lo stesso E. CANNADA BARTOLI, ripreso da P. STELLA RICHTER, *Inoppugnabilità*, cit., 33, afferma che non è neppure soddisfacente parlare della inoppugnabilità come qualità relativa dell'atto rispetto ai soggetti passivi della potestà pubblica, attesa la diversa posizione in cui si vengono a trovare, rispetto alla decorrenza dei termini per l'impugnativa, i vari soggetti lesi in funzione della qualifica di "direttamente interessati" o di "non direttamente interessati" e, all'interno della prima, in funzione della notificazione o della piena conoscenza dell'atto. Quindi, sarebbe difficile qualificare l'inoppugnabilità come qualità dell'atto anche in senso relativo alla generica categoria dei sui destinatari. In questi termini, si rifiuta ogni parallelismo tra l'inoppugnabilità intesa come qualità dell'atto e la cosa giudicata formale relativa alla sentenza (avanzato da G. TREVES, *La presunzione*, cit., 191, in relazione al principio di presunzione di legittimità degli atti).

[10] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 25.

Nel caso del termine di decadenza, oggetto di questo è il diritto di azione all'annullamento dell'atto, ma non anche il diritto di esperire un altro tipo di azione, come, per esempio, quella di risarcimento, di accertamento o di adempimento. In sostanza, si perde il potere di mutare lo stato di fatto o di diritto difettoso attraverso il processo di annullamento. Anche con riguardo alla validità dell'atto, l'inoppugnabilità non ha conseguenze. Ciò è dimostrato da due dati: la disapplicabilità dell'atto inoppugnabile dal giudice ordinario e la possibilità per l'amministrazione di revocare o annullare d'ufficio l'atto inoppugnabile[11].

Tale conclusione non può neppure essere scalfita dalla recente codificazione dei poteri di autotutela della pubblica amministrazione. Infatti, la previsione di cui all'art. 21 *novies* della legge n. 214/1990, che lega l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio anche alla ragionevolezza del termine entro il quale tale potere viene esercitato, indebolisce quanto affermato. Nell'ipotesi in cui la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo, l'esercizio del potere di autotutela è comunque legittimo, ma subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo. Quando, invece, non si sia ingenerato alcun legittimo affidamento nel destinatario (perché, ad esempio, l'annullamento d'ufficio interviene a breve distanza di tempo dal rilascio del titolo illegittimo), non è necessaria una penetrante motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento, né una comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato, posto che, in tali casi, l'interesse pubblico all'annullamento può considerarsi in *re ipsa.* In questo caso, quindi, il decorso del tempo non rende l'atto non impugnato inattaccabile ma incide esclusivamente sull'onere di motivazione in capo alla pubblica amministrazione.

Da tali considerazioni consegue che la decorrenza dei termini per l'impugnativa non elimina il vizio di illegittimità, per cui "l'inoppugnabilità non può essere considerata mezzo di sanatoria; essa non è una forma di convalida per decorso di tempo"[12]. Essa opera solo sul piano processuale, consistendo nella inattaccabilità a fini caducatori dell'atto da parte degli interessati all'annullamento[13].

---

[11] E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, cit., 24, ove osserva che, in quanto l'atto impugnato può nel nostro ordinamento essere disapplicato dai tribunali e annullato dall'amministrazione, si deve ritenere che la decorrenza dei termini non esplichi alcun effetto sulla validità. L'inoppugnabilità, quindi, non può essere considerata come un mezzo di sanatoria dell'atto invalido, una forma di convalida per il decorso del tempo. Sul rapporto tra inoppugnabilità e autotutela la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha precisato che la potestà di intervenire in via di autotutela su provvedimenti che versano in condizione di inoppugnabilità è rimessa alla più ampia valutazione di merito dell'amministrazione in relazione all'attualità dell'interesse pubblico che giustifichi il riesame della vicenda (si veda ad esempio Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2661, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1392).

[12] E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, cit., 26; nonché in *Annullamento di ufficio ed inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi (nota a Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1964 n. 654*), in *Foro amm.*, 1964, 143.

[13] A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 710. Tale impostazione comporta che «il ricorso contro un atto inoppugnabile deve essere dichiarato irricevibile per l'avvenuta decorrenza del termine e non inammissibile, argomentando in base ad una supposta qualità dell'atto», come af-

Infatti, "l'inutile decorso del termine di decadenza previsto per impugnare il provvedimento amministrativo non farebbe venir meno la possibilità di tutelare le situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo ma soltanto di conseguire quella particolare tutela che è la tutela in forma specifica di annullamento o di adempimento (…) conseguibili soltanto ove l'azione venga esercitata nei termini decadenziali"[14].

Su questa considerazione si gioca il ruolo attuale della inoppugnabilità dato che, come si avrà modo di precisare in seguito, oramai il processo amministrativo è talmente ricco di azioni da far pensare che sia caratterizzato dal principio della atipicità.

2. Il problema della definizione dei confini della inoppugnabilità nell'evoluzione del processo amministrativo verso una tutela diversificata dell'interesse legittimo

Da quanto rilevato si può concludere che l'inoppugnabilità non essendo una qualità dell'atto e avendo una valenza squisitamente processuale ha effetti limitati essa "trae seco soltanto la inammissibilità dell'eccezione di annullamento"[15].

Se in passato l'inoppugnabilità poteva precludere o quantomeno compromettere la tutela giurisdizionale del privato nei confronti della pubblica amministrazione ora non è più così e ciò grazie all'evoluzione normativa sfociata nell'approvazione del codice del processo amministrativo.

In via generale si deve osservare che con l'approvazione del codice del processo amministrativo e con le sue prime esperienze applicative si sono consolidate alcune innovazioni acquisite nei decenni precedenti e si sono poste le basi per una evoluzione nel modo di concepire la tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo[16].

---

fermato da E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità*, cit., 33. Altro problema è quello della formazione progressiva della inoppugnabilità che dipende dalla conoscenza del provvedimento da parte degli interessati

[14] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001, 383.

[15] E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 196.

[16] Il testo è stato già oggetto di due decreti correttivi. Il primo decreto correttivo (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195) ha apportato numerose modifiche al testo precedente, ma non ha intaccato la struttura del codice. Il secondo (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) è sicuramente destinato a essere più incisivo. Infatti, con riferimento alle sentenze del giudice prevede, modificando l'art. 34, comma 1, lett. c) che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Come si vedrà successivamente tale norma sembra aver introdotto l'azione di adempimento nell'ambito del codice, anche se con una portata ristretta. Per un'analisi sulle innovazioni del primo decreto correttivo si vedano M.A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *www.giustamm.it*, 2, 2012; C.E. GALLO, *Il decreto correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2012, 23. Sul secondo correttivo si vedano M.A. SANDULLI, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in *www.federalismi.it*, 9/2012; R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 9/2012; A. CARBONE, *L'azione di adempimento è nel codice. Alcune riflessioni sul D.Lgs. 14 settembre 2012, n.* 160, in *www.giustamm.it*, 9/2012. In particolare, sia M.A. Sandulli sia R. De Nictolis, ritengono che il secondo correttivo pur utile sia poca cosa rispetto alla bozza licenziata dalla commissione speciale, che aveva proposto di sancire il principio di atipicità delle azioni e di prevedere il termine di un anno per l'azione risarcitoria autonoma e per quella proposta contestualmente o successivamente all'azione di annullamento. Per una analisi del codice del processo in generale si vedano F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo e il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 100; A. QUARANTA, V.

Posizione questa che riprende nuovo vigore attraverso le innovative tecniche di tutela previste dal codice[17].

Si può affermare che l'interesse legittimo gode addirittura di una tutela maggiore, in quanto più articolata, più pronta e più efficiente, rispetto a quella assegnata al diritto soggettivo in un eventuale scontro con il potere amministrativo[18].

E ciò avviene in un contesto in cui il tessuto del processo amministrativo si è profondamente modificato.

Infatti, il processo amministrativo classico, fondato sul primato dell'azione di annullamento, è definitivamente tramontato[19]. Il co-

---

LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011. Come è noto, alcune delle più importanti innovazioni recepite dal codice sono state anticipate dalla giurisprudenza amministrativa e in particolare dal Consiglio di Stato il quale ha operato come vero e proprio propulsore del cambiamento. Tale ruolo è stato evidenziato nelle analisi storiche riguardanti questa istituzione soprattutto nella recente occasione del centottantesimo anno dalla sua istituzione. In particolare, S. CASSESE, *Le molte vite del Consiglio di Stato,* in *Gda,* 2011, 1276, ha affermato che proprio il Consiglio di Stato ha sempre fornito un contributo positivo al funzionamento delle istituzioni e che la sua forza futura consisterà nella sua capacità di mantenere un proficuo dialogo con altre corti non nazionali e nella perseveranza con la quale indurrà le amministrazioni italiane ad adottare i moduli propri della democrazia amministrativa, soprattutto consentendo la partecipazione degli interessati alla formazione delle decisioni collettive. In altro scritto dello stesso Autore (*Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in *Gda*, 2011, 547) si pone in evidenza che tale organo ha assicurato la propria continuità grazie alla sua straordinaria capacità di cambiare, rispondendo alle esigenze dei diversi contesti storici e rimediando alle storiche e strutturali debolezze dell'amministrazione italiana nonché agli inconvenienti degli assetti politici. Inoltre, ha saputo essere un organo *multi purpose*, amministratore e giudice, vivaio di grandi commessi, guida legislativa, consigliere del governo. Secondo l'Autore, proprio queste ambivalenze sono all'origine della sua lunga durata e della sua posizione costituzionale. Infine, oltre a svolgere una notevole opera in via diretta, ha saputo supplire alle carenze di altri organi.

[17] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 380 il quale esamina in chiave critica le tesi che negano l'autonomia della figura dell'interesse legittimo come posizione giuridica soggettiva per assimilarla a quella del diritto soggettivo. L'Autore rileva che le disposizioni costituzionali hanno reso "palpabile" il carattere sostanziale dell'interesse legittimo e che la legge sul procedimento amministrativo ha notevolmente aumentato i mezzi sostanziali per la sua tutela. Ma anche il codice del processo ha profondamente rafforzato i mezzi di tutela processuale, "tra l'ampliamento del ventaglio delle azioni di cognizione e la rivisitazione del giudizio di ottemperanza, l'interesse legittimo ha acquisito una consistenza giuridica tale da superare le perplessità e i dubbi di inadeguatezza" esposti dalle impostazioni dottrinali contrari alla sua configurazione come autonoma situazione giuridica soggettiva (*op. cit.*, 409). Si veda anche F. CARINGELLA, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo,* in *Urb. app.*, 2012, 14. Sul punto è significativa l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro amm. CdS*, 2011, 826, che nel ribadire con forza la natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, ha riconosciuto che con il codice il processo amministrativo ha superato le tradizionali limitazioni alla tutela di tale posizione soggettiva, ammettendo il principio della pluralità di azioni idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Commentando tale decisione F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento,* cit., 988, sostiene non solo che il codice del processo ha esaltato il ruolo del giudice e ha rafforzato il sistema delle tutele dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni ma anche che l'interesse legittimo esce rafforzato nel sistema di tutela processuale, non trasformandosi affatto in diritto soggettivo. Nell'ottica della pienezza della tutela dell'interesse legittimo come posizione soggettiva, ha poi affermato che l'azione meramente risarcitoria sia "proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo la logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato".

[18] F.G. SCOCA, *Attualità, cit.*, 410.

[19] Per le innovazioni che hanno comportato una ridefinizione dei confini tra le azioni impugnatorie e quelle non impugnatorie nell'ambito del processo amministrativo si veda M.A. SANDULLI, *Il superamento della centralità dell'azione di annullamento*, in *Libro dell'anno del diritto*

dice del processo ha previsto un sistema di azioni complesso, non più basato sulla centralità dell'azione di annullamento, per molti aspetti simile alle forme di tutela proprie del processo civile. Il soggetto privato, non interessato alla demolizione dell'atto, potrà richiedere ulteriori tutele al giudice amministrativo[20]. Il processo impugnatorio, quindi, si configura come soltanto una delle possibili forme di tutela nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo e in particolare in quella di legittimità. A seguito della codificazione la stessa giurisprudenza amministrativa, nell'ottica di assicurare la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, ha addirittura superato il dato letterale introducendo per via pretoria l'azione di accertamento e l'azione di adempimento che in origine erano state espunte dal codice fino ad arrivare alle recenti modifiche legislative di cui al secondo decreto correttivo[21]. Proprio con riferimento all'azione di adempimento il legislatore ha seguito quanto auspicato dal giudice amministrativo e nel recente secondo decreto correttivo al codice (d.lgs. n.160/2012) ha previsto l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto[22].

2012, Treccani, Roma, 829. Il superamento della centralità della azione di annullamento è stato chiaramente affermato anche dalla citata decisione della Adunanza plenaria 3/2001.

[20] Anche se R. VILLATA, in *Ancora "spigolature"*, cit., 1513, rivendica la centralità dell'azione quale conseguenza ineliminabile della circostanza che spetta all'amministrazione disporre in ordine al caso concreto, giacché la tutela piena e satisfattiva dell'interessato passa per l'eliminazione dell'atto precettivo.

[21] La giurisprudenza ha rimediato a tali eliminazioni con la decisione della Adunanza plenaria 29 luglio 2011, n. 15 in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 513 con nota di M.A. SANDULLI. L'Adunanza plenaria concependo la denuncia di inizio attività come atto del privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività ammessa dalla legge, afferma che il terzo, che subisce da una denuncia di inizio attività una lesione in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio, può esperire innanzi al giudice amministrativo un'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di d.i.a. (s.c.i.a.) con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti alla pubblica amministrazione. Successivamente, la legge 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, ha prescritto che la s.c.i.a. non può essere impugnata ma il mancato esercizio del potere di controllo deve essere fatto valere attraverso l'azione sul silenzio inadempimento. Ciò avrebbe potuto indebolire la tesi favorevole alla ammissibilità dell'azione di mero accertamento. Comunque, anche successivamente alla presa di posizione del legislatore, non sono mancate decisioni favorevoli all'accertamento. Sul punto si veda anche recentemente Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2012, n. 4007, in *Foro amm. Tar*, 2012, 1613. Mentre l'azione avverso il permesso di costruire è una tipica azione impugnatoria di provvedimento amministrativo, con richiesta di annullamento a efficacia retroattiva, la c.d. impugnativa della s.c.i.a. è configurabile quale vera e propria azione di accertamento dell'illegittimità della segnalazione per mancanza dei relativi presupposti. La forza innovativa delle giurisprudenza si rivela anche con riferimento alla azione di adempimento. Infatti, la sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 In *Foro amm. Tar*, 2011, 1491, con nota di A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*. afferma che le previsioni di cui all'art. 34 comma 1 lett. c) e e) configurano un potere di condanna senza restrizione di oggetto modulabile a seconda del bisogno emerso nel giudizio: si tratterebbe a seconda delle circostanze di una tutela restitutoria, rispristinatoria o di adempimento pubblicistico coattivo che in virtù del codice del processo oramai è possibile ottenere.

[22] La innovazione legislativa, però, sembra prevedere una azione di adempimento "depotenziata" in quanto questa può essere esperita purché nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a., (ossia i limiti previsti per la pronuncia circa la fondatezza della pretesa nell'azione sul silenzio) e solo contestualmente alla domanda di annullamento o alla azione sul silenzio, introducendo una sorta di pregiudizialità e ponendosi in contrasto con la previsione generale della autonomia dell'azione

Queste innovazioni dimostrano che la trasformazione del processo è in atto ed è irreversibile, anche perché si è affermata l'idea che l'oggetto del giudizio amministrativo consiste non tanto nel solo controllo di legittimità sull'atto quanto nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal privato. L'oggetto del giudizio non è più solo ed esclusivamente la legittimità dell'atto, bensì il bene della vita al quale il ricorrente aspira[23]. Il processo tende a definire il rapporto tra la pubblica amministrazione e il privato mirando a risolvere in maniera definitiva il conflitto di interessi tra le parti coinvolte nella controversia[24].

Questa conclusione è anche dimostrata dalla individuazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa operata dal codice all'art. 7 secondo cui il giudice non è solo ed esclusivamente il giudice del potere amministrativo; esso è il giudice delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere o meglio del bene della vita che è oggetto della vicenda amministrativa portata alla sua attenzione.
D'altra parte l'intero impianto del codice corrisponde alla definizione del principio di effettività "colui la cui pretesa sia riconosciuta fondata dal giudice deve essere posto dalla legge nella possibilità di vedere pienamente, totalmente ripristinata la posizione giudica nella quale si trovava e della quale egli godeva al momento del fatto o dell'atto che lo ha turbato e che ha provocato l'intervento del giudice, evitando ogni possibile danno"[25].
Il ricorrente è il soggetto sul quale si incentra il processo dinanzi al giudice amministrativo il quale deve assicurare una piena ed effettiva

risarcitoria. M.A. SANDULLI, *Il codice del processo*, cit., ritiene che la nuova azione (tipica) di adempimento si pone in rapporto di specialità rispetto alla più generale azione di condanna. La norma si preoccupa di porre dei paletti a questa nuova azione, per cui il riferimento ai limiti previsti dall'art. 31, comma 3, c.p.a. per l'azione diretta all'accertamento della pretesa nel rito avverso il silenzio mira a impedire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione, lasciando al tempo stesso ampio margine di intervento all'organo giudicante, anche attraverso l'esercizio di poteri sollecitatori degli adempimenti istruttori e la valutazione dell'esaurimento della discrezionalità.

[23] F.G. SCOCA, *Attualità*, cit., 412. D'altra parte ciò è coerente con una definizione di *res in iudicio deducta*, come situazione complessiva oggetto dei poteri di cognizione del giudice in relazione al tipo di provvedimento richiesto, sulla quale incidono, con effetto di giudicato, i suoi poteri decisori in vista della soddisfazione degli interessi sostanziali sottesi alla controversia. L'oggetto del giudizio è dunque direttamente collegato alla satisfattività del processo in relazione agli interessi sostanziali dei quali si richiede la tutela (V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 514).

[24] Anche se occorre subito rilevare che il rapporto nei suoi tratti caratteristici non si può identificare con quello civilistico, in quanto nell'azione dei pubblici poteri è sempre insito il principio di funzionalizzazione che caratterizza il procedimento, il provvedimento e la patologia dell'atto amministrativo.

[25] G. ROEHRSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988, 73. D'altra parte il principio della effettività della tutela è il criterio ispiratore della disciplina costituzionale in materia di giurisdizione e ciò è dimostrato dalla costituzionalizzazione del giusto processo da parte della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, di modifica dell'art. 111 della Costituzione. Con specifico riguardo alla giustizia amministrativa, vengono in rilievo il primo, il secondo, il sesto e l'ottavo comma dell'art. 111. In particolare, il secondo comma stabilisce che: "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata". Nell'ambito del processo amministrativo questa norma comporta, in primo luogo, che qualsiasi posizione giuridica soggettiva riconosciuta al privato riceva una giusta tutela dinanzi a un giudice terzo e imparziale in contraddittorio tra le parti e, in secondo luogo, che la durata del processo sia ragionevole. Ora questi principi trovano espressa previsione nel codice del processo amministrativo, in particolare negli artt. 1 e 2.

tutela, secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, così come stabilito espressamente dal codice del processo amministrativo (art. 1). A tal fine il codice ha diversificato la tutela del privato prevedendo una pluralità di azioni proponibili alle quali corrispondono una pluralità di poteri decisori del giudice[26].

Il giudizio deve risultare realmente funzionale alla definizione del concreto assetto di interessi tra le parti e il giudicato amministrativo deve indirizzare la successiva attività della amministrazione[27]. La giurisdizione non è solo la sede per ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo, in quanto l'istanza giurisdizionale è risolutiva di vari tipi di controversie, in cui protagonista non è più solo ed esclusivamente l'atto amministrativo, ma la potestà amministrativa, che si manifesta attraverso il procedimento amministrativo.

Da quanto appena affermato sull'evoluzione del processo nell'era della codificazione si deduce che il legislatore si è interrogato sul ruolo del processo prendendo atto che solo con la diversificazione delle azioni si abbandona una concezione del giudizio squisitamente formalistica, la quale spesso ha consentito alla amministrazione di rinnovare la lesione o di eludere il contenuto effettivo e logico della sentenza.

In questo contesto l'azione di annullamento è stata sicuramente ridimensionata e, di conseguenza, risulta ridimensionato anche l'ambito applicativo dell'inoppugnabilità nel processo[28].

Sul punto, però, si rileva che se vi è stato un ridimensionamento dell'azione di annullamento è altrettanto vero che questa azione non ha perso la sua centralità e la sua importanza relativamente alla definizione delle controversie della pubblica amministrazione risultando, peraltro, disciplinata in perfetta continuità con la tradizione, anche giurisprudenziale[29].

---

[26] S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913; S. BACCARINI, *"Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1261.

[27] M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 256, furono anticipatori delle nuove tendenze a cui approderà il giudice amministrativo affermano che egli, pure in sede di legittimità, verifica l'intero procedimento amministrativo e applica le norme anche non scritte relative allo svolgimento della funzione amministrativa, come esercitata nel rapporto amministrativo concreto, valutando tutti gli atti in cui la funzione si manifesta.

[28] D'altra parte, che il ruolo dell'azione di annullamento stesse mutando è stato rilevato da A. POLICE, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 446, secondo il quale, anche alla luce delle modifiche alla disciplina generale dell'azione amministrativa, come per esempio l'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, si può rilevare una profonda trasformazione della giurisdizione generale di legittimità e dell'azione di annullamento che oggi si fonda su un giudizio di accertamento della spettanza e sull'esito dell'azione amministrativa. Tale evoluzione era stata già avviata dalla giurisprudenza amministrativa che aveva portato, ben prima delle modifiche alla legge n. 241/1990, a una modifica del sindacato di legittimità del giudice amministrativo come verifica della validità sostanziale dell'azione amministrativa, superando la logica del giudizio sulla legalità formale (*op. cit.*, 459).

[29] M. CLARICH, *Commento all'art. 29-azione di annullamento*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 2630. L'azione di annullamento è un'azione tipica in quanto la legge la sottopone a una disciplina propria circa i termini, le modalità procedurali e i provvedimenti giurisdizionali che conseguono al suo accoglimento[29]. Anche gli effetti della sentenza di accoglimento sono tipizzati dal legislatore almeno nel loro contenuto minimo che, come si è visto, è quello demolitorio, visto che secondo lo stesso uno dei possibili contenuti delle sentenze del giudice è l'annullamento

Come in perfetta continuità con la tradizione è l'istituto della annullabilità il quale non ha perso la sua posizione di preminenza nell'ambito del sistema della invalidità amministrativa anche se rispetto al passato vi sono state molteplici innovazioni come la introduzione a livello normativo della nullità, la previsione di ipotesi di illegittimità che sfociano in una non annullabilità *ex lege*, nonché il richiamo delle norme e dei principi del diritto comunitario quali parametri di legittimità dell'atto amministrativo.
Ciò significa che l'annullabilità, l'azione di annullamento hanno ancora una posizione ben salda all'interno del sistema così come l'inoppugnabilità essendo inscindibilmente legata ai primo due istituti.

3. Atto nullo e inoppugnabilità

A fronte del ridimensionamento dell'azione di annullabilità ci si deve chiedere se l'inoppugnabilità possa venire in rilievo con riferimento ad altre azioni che prevedono un termine di decadenza, e in particolare nella azione di nullità.
L'affermazione può sembrare azzardata ma occorre riflettere sulla disciplina della nullità e della relativa azione da parte del codice del processo amministrativo.
L'esigenza di certezza dell'azione amministrativa non si concilia con la possibilità che questa possa restare esposta a impugnative non assoggettate a termini di decadenza o prescrizione, quale quella di nullità disciplinata dal codice civile.
Da ciò è derivato che il codice del processo amministrativo assoggetta la azione di nullità a un preciso termine decadenziale, sebbene più ampio di quello previsto per l'azione di annullamento[30].
A dire il vero il termine di decadenza è previsto solo per il ricorrente. Infatti, l'art. 31, comma 4, c.p.a. prevede una disciplina differenziata del rilievo della nullità, secondo che essa, sia domandata dal ricorrente, in via di azione: in tal caso, è previsto un termine decadenziale triplo rispetto a quello ordinario, ex art. 29; sia opposta dal resistente, in via di eccezione e in tal caso, il legislatore ha optato per il non assoggettamento a termini decadenziali per impedire che, spirato il termine decadenziale, fosse possibile azionare pretese in contrasto con l'ordinamento giuridico, sanzionate con la nullità; sia rilevata d'ufficio dal giudice. Il giudice, quindi, può rilevare d'ufficio la nullità del provvedimento amministrativo, per cui il potere che la legge dà al giudice costituisce per lui una potestà (cd. potere-dovere), il cui esercizio è sempre obbligatorio, mai facoltativo. A ciò consegue che il giudice che rilevi una nullità è sempre tenuto a dichiararla d'ufficio, statuendo in conformità.

totale o parziale del provvedimento (art. 34, comma 1, lettera a).

[30] Sul punto vi è giurisprudenza costante. Da ultimo si veda Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792, in *Foro amm. CdS*, 2012, 352. Lo stesso giudice ha affermato che l'art. 21 *septies* non prevede fra i casi di nullità dell'atto amministrativo la violazione di norme imperative, il che costituisce una soluzione di compromesso in considerazione del fatto che le norme riguardanti l'azione amministrativa, avendo carattere pubblicistico, sono sempre imperative e la comminazione della nullità per la loro violazione risulterebbe particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa; di conseguenza tali violazioni si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo e di certezza dei rapporti giuridici (Cons. Stato, sez. IV, 23 agosto 2010, n. 5902, *Foro amm. Cds*, 2010, 1458).

La previsione di un termine decadenziale per il ricorrente, però pone dei problemi in quanto può indurre a ritenere che vi siano sensibili differenziazioni rispetto alla configurazione tradizionale dell'istituto.
Da ciò può derivare che in presenza di un termine decadenziale possa correlativamente emergere la inoppugnabilità dell'atto.
L'azione di nullità non proposta dal ricorrente nel termine di centottanta giorni potrebbe comportare una qualche cristallizzazione degli effetti dell'atto nullo a meno che la nullità non sia fatta valere nell'ambito di altre azioni da altri soggetti o non sia rilevata di ufficio dal giudice.
D'altra parte, accanto alla tesi tradizionale della nullità come stato invalidante che impedisce la produzione di qualsiasi effetto giuridico (*quod nullum est nullum producit effectum*), se ne sono affacciate altre che, ispirate a maggiore pragmaticità, affermano la possibilità da parte dell'atto di produrre effetti giuridici apparenti che si manifestano nei risultati dell'attività amministrativa[31]. Secondo questa impostazione, il provvedimento nullo, ancorché inefficace, sarebbe comunque frutto di una attività che si manifesta in un atto e produce risultati che potrebbero essere idonei a formare oggetto di una valutazione giuridica[32].

La stessa giurisprudenza in via generale ha affermato che anche il provvedimento amministrativo, nullo, ha una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata). Solo riconoscendo tale efficacia interinale risulta possibile definire l'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari)[33]. Questi ultimi non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti, opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, possono agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità. Ovviamente, lo stesso ragionamento vale anche per la pubblica amministrazione con riferimento a provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa e ritenuti nulli, avverso i quali la prima amministrazione non può agire in autotutela.
Queste considerazioni si pongono in antitesi con la costruzione tradizionale della nullità e dei suoi effetti, nonché con la costruzione della relativa azione in termini dichiarativi.
Invece, se si accede alla tesi della improduttività degli effetti da parte dell'atto nullo, l'azione di accertamento deve limitarsi alla rilevazione dello stato patologico del provvedimento. Quest'ultima, a dire il vero, è l'impostazione più corretta dal punto di vista dogmatico: l'azione di nullità consiste esclusivamente nell'accertamento della sussistenza delle ipotesi previste dall'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990[34].

---

[31] A. BARTOLINI, *Nullità e risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 82.
[32] F. MODUGNO, *Annullabilità*, cit., 2, osserva che risulta praticamente molto difficile distinguere quando l'atto giuridico sia nullo e quando questo sia annullabile nonché ammettere con disinvoltura che il destinatario dell'atto "preteso" nullo possa sottrarsi alla sua osservanza, esercitando la c.d. resistenza individuale agli ordini dell'autorità dal momento che, in definitiva, è nel potere del giudice dichiarare la nullità dell'atto.

[33] Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799 in *Foro amm. Cds*, 2011, 3128.
[34] Per la natura di azione di mero accertamento, F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, Torino, 2000, 96.

Ma per come è concepita l'azione di nullità sembra proprio presupporre che il provvedimento svolga qualche effetto.
Invero, tale azione, prevedendo il termine di decadenza di centottanta giorni per l'introduzione della domanda di nullità, sembra far acquisire all'atto nullo caratteristiche finora non conosciute nel nostro ordinamento.
Se la nullità non viene fatta valere nel termine decadenziale l'atto si stabilizza nell'ordinamento giuridico per cui anche i suoi effetti si cristallizzano. E se gli effetti si cristallizzano significa che sono idonei a produrre modificazioni sul piano giuridico e non più soltanto su quello fattuale.
Si tratterebbe di una inoppugnabilità che preclude la proposizione della azione di nullità.
Ciò implica tutta una serie di conseguenze; se il giudice non può annullare l'atto poiché non è previsto nell'azione di nullità, per eliminare gli effetti di un atto nullo dovrà procedere alla sua disapplicazione[35]. Se l'atto nullo produce effetti giuridici, questi possono ben essere disapplicati dal giudice amministrativo allorché il privato, anziché esperire azione di accertamento della nullità, domandi al giudice in via autonoma un risarcimento sulla base di violazioni poste in essere dal provvedimento apparentemente nullo.
A dire il vero, non appare appropriata la previsione di un termine di decadenza per l'azione di nullità poiché ciò comporta solo confusione concettuale non solo sul piano processuale ma anche su quello sostanziale.
Peraltro, sul piano processuale la disciplina in ordine al termine entro il quale far valere la nullità non appare razionale. Il soggetto ricorrente, leso dal provvedimento nullo, deve far valere la nullità entro il termine decadenziale, mentre la nullità può essere sempre opposta dalla parte resistente ovvero rilevata d'ufficio dal giudice, in una qualsiasi controversia.
Comunque, ciò che emerge da questa confusa norma è che il provvedimento nullo può esplicare effetti giuridici e, di conseguenza, nelle ipotesi in cui non venga proposta l'azione di nullità esso può essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice amministrativo.
Tale soluzione ancorché plausibile, appare dogmaticamente poco coerente.
La norma afferma che vi deve essere un termine di decadenza e la giurisprudenza, come visto, ha riconosciuto la possibilità di effetti interinali. Ciò fa propendere per la trasformazione della nullità, per come la intendiamo civilisticamente, in una forma particolare di annullabilità per gravi motivi[36]. Tanto è vero che forse anche per i provvedimento nullo si potrebbe parlare di inoppugnabilità e a questo punto sarebbe poco agevole distinguere tra sentenze dichiarative e costitutive[37]. Poiché l'atto non viene annullato ma "dichiarato" nullo se ha posto in essere effetti deve essere disapplicato[38].

---

[35] Come si è sostenuto altrove cercando di dimostrare che la disapplicazione è un potere che possiede il giudice amministrativo (R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo,* Torino, 2011).

[36] R. CHIEPPA, *op. cit.*, 948, la definisce "super annullabilità di incerti contorni" e afferma che sarebbe stato preferibile ritenere che l'azione di nullità fosse stata sottoposta a termini di proposizione variabili a seconda dell'interesse a cui è asservità.

[37] A. DI MAJO, *op. cit.*, 378, afferma che "tutte le pronunce dei giudici, rese sui contratti invalidi, non possono esercitare la loro concreta funzione di tutela che nel momento in cui vengono rese. Per il periodo anteriore, tanto il contratto nullo quanto quello annullabile produrranno tutti gli effetti di cui sono capaci".

[38] Si pensi all'ipotesi degli atti adottati in violazione ed elusione del giudicato. Per questi casi, è dubbia la quali-

Certo è che il nostro legislatore, sia sostanziale sia processuale, ha introdotto una disciplina della nullità poco chiara.

4. Inoppugnabilità e disapplicazione: due istituti in contiguità

Da quanto sopra illustrato emerge che l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo precludendo solo l'annullamento giurisdizionale (o anche la sua dichiarazione di nullità) non pregiudica l'esercizio di altri poteri del giudice amministrativo, così come non preclude l'esercizio della disapplicazione del giudice ordinario e l'esercizio del potere di autotutela da parte della stessa pubblica amministrazione.

Se il ricorrente vuole un provvedimento differente dall'annullamento non dovrà esperire un'azione di annullamento, ma dovrà porre in essere altre domande finalizzate a un altro tipo di tutela, facendo scattare poteri alternativi all'annullamento.

Rispetto al passato, il codice del processo amministrativo prevede soluzioni differenti e più articolate rispetto all'azione impugnatoria qualora il ricorrente non ritenga che

---

ficazione in termini di nullità poiché è dubbia la natura esclusivamente pratica e non giuridica degli effetti prodotti dall'atto. La qualificazione di nullità data al provvedimento elusivo e violativo del giudicato trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di consentire in queste ipotesi il ricorso al giudizio di ottemperanza senza imporre al privato un nuovo giudizio di impugnazione. È stato chiarito dalla giurisprudenza che contro tali atti non va attivato un nuovo giudizio di cognizione, ma il giudizio di ottemperanza nel termine di prescrizione dell'*actio iudicati*. Laddove invece l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o violativo, ma autonomamente lesivo, perché copre spazi lasciati in bianco dal giudicato, va azionato il rimedio del ricorso ordinario (Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078, in *Foro amm. CdS*, 2011, 3718). In sostanza, la qualificazione in termini di nullità deriva dalla necessità di risolvere un problema processuale e, proprio per questo motivo, appare particolarmente incerta. Secondo una opinione l'atto adottato in violazione ed elusione del giudicato non sarebbe nullo poiché in grado di produrre effetti giuridici fino al momento della sua rimozione (R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 383). Più problematica è l'ipotesi di un atto adottato in elusione del giudicato. Ci si trova di fronte alla riedizione di un potere solo formalmente rispettoso dei vincoli posti dalla sentenza. L'accertamento della elusione può scaturire da una ulteriore e approfondita analisi delle scelte della pubblica amministrazione. Non dovrebbe trattarsi di una carenza di potere. Visto che l'atto non è stato impugnato, il giudice dell'ottemperanza potrebbe anche disapplicarlo ad onta della qualificazione legislativa in termini di nullità. Peraltro, sul punto viene in aiuto quella giurisprudenza che ammette il giudizio di ottemperanza in ogni caso, anche dopo l'adozione di atti esecutivi a contenuto discrezionale, senza necessità di operare la distinzione concettuale tra elusione e violazione del giudicato, qualora il *petitum* sostanziale del ricorso tenda a far valere non già la difformità dell'atto sopravvenuto rispetto alla legge sostanziale, bensì la non conformità specifica dell'atto rispetto all'obbligo di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire. Il giudizio di ottemperanza assume una natura anfibia: giudizio di esecuzione, quando è proposta l'azione di ottemperanza; giudizio di cognizione allorquando vengono proposte le azioni di nullità e inefficacia, con il risultato di ottenere la concentrazione delle tutele nel giudizio di ottemperanza, sia per evidenti ragioni di economia processuale sia per assicurare il principio di effettività della tutela giurisdizionale. A conferma della circostanza che qui viene in rilievo, il potere di disapplicazione del giudice, vi è la norma di cui all'art. 114, comma 4, lett. c), del codice del processo secondo la quale il giudice, nel caso di "ottemperanza a sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano". Lo stesso legislatore sembra confermare che l'atto adottato in violazione o elusione del giudicato non è nullo, anzi produce effetti giuridici, per cui lo disapplica considerandolo inefficace. Certo è che il legislatore appare poco coerente. Da un lato definisce nulli alcuni tipi di provvedimenti dall'altro afferma che i giudici ne possono dichiarare l'inefficacia.

l'annullamento possa arrecargli utilità rispetto alla protezione della sua posizione giuridica soggettiva.
Alcune norme assumono particolare rilevanza in tale ottica. Basti pensare all'azione di condanna e al suo possibile contenuto che è stato individuato dall'art. 34, comma 1, lett. c) del codice. Secondo quest'ultima il giudice può condannare sia al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento, sia all'adozione delle misure idonee, compreso il rilascio del provvedimento richiesto dal ricorrente, a tutelare le situazione giuridiche soggettive dedotte in giudizio. Si tratta, quindi, della possibilità di condanna a un *facere* specifico che ripropone l'azione di adempimento così come prevista nella originaria versione del codice.
La circostanza che l'azione di condanna possa essere proposta anche autonomamente consente di superare il principio della inoppugnabilità consentire al giudice di operare sull'atto anche a prescindere dalla possibilità di un suo annullamento giurisdizionale.
Se il giudice amministrativo può conoscere immediatamente della domanda risarcitoria, per decidere non deve tenere conto degli effetti lesivi del provvedimento amministrativo, dopo averne accertato l'illegittimità in via principale. D'altronde, per valutare la sussistenza e la consistenza del danno occorre operare un confronto tra la fattispecie lesiva scaturente dal provvedimento amministrativo e quella che si sarebbe presentata senza l'adozione del provvedimento. A tal fine, si devono rimuovere gli effetti del provvedimento illegittimo, con riguardo alla sola causa da decidere, e, quindi, necessariamente disapplicare il provvedimento causativo del danno.
Lo strumento della disapplicazione (al pari dell'annullamento dell'atto, ma ovviamente in maniera più incisiva), non facendo applicazione dell'atto nella fattispecie dedotta in giudizio e togliendo efficacia al provvedimento, fa cadere la regola della equivalenza dell'atto amministrativo illegittimo e non impugnato a un atto pienamente valido ed efficace e consente la qualificazione del danno prodotto dall'atto illegittimo, accertato proprio con questo strumento, come danno ingiusto. Tale qualificazione non potrebbe essere possibile alla luce di una mera dichiarazione di illegittimità del provvedimento che non avesse sull'atto amministrativo alcuna conseguenza pratica. Non è possibile predicare l'autonomia delle due azioni senza prevedere uno strumento di incisione sul provvedimento come la disapplicazione.
Peraltro il danno può derivare oltre che dall'efficacia del provvedimento, anche dalla sua esecutività o dalla sua materiale esecuzione (per i provvedimenti non autoesecutivi). Il punto centrale, al di là dell'efficacia del provvedimento, è quello della sua esecuzione produttiva di danni materiali, i quali nel nostro sistema sono qualificabili come ingiusti soltanto ove vi sia uno strumento idoneo a eliminare il provvedimento che impedisce di realizzare l'illecito: l'annullamento, ovvero, la disapplicazione dal momento che togliere efficacia al provvedimento, pertanto, significa rendere la sua esecuzione priva di cause di giustificazione e, quindi, produttiva di danni ingiusti.
Finché il provvedimento, valido o invalido, produce effetti, non sarà possibile valutare la fondatezza della domanda risarcitoria perché non sussiste il presupposto della illegittimità. Allorché, invece, gli effetti del provvedimento illegittimo siano stati rimossi, vuoi attraverso lo strumento dell'annullamento vuoi attraverso quello della disapplicazione, allora si potrà procedere alla risoluzione della que-

stione risarcitoria, visto che in entrambi i casi il provvedimento è stato ritenuto illegittimo dal giudice amministrativo, verificandosi uno degli elementi necessari per valutare la fondatezza della domanda.
La disapplicazione viene in rilievo sia con riguardo alla misura del risarcimento per equivalente sia per il risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c. Il codice del processo, infatti, prevede espressamente che tale rimedio risarcitorio possa essere utilizzato con le limitazioni previste dal codice civile. Non solo, ma l'art. 34 del codice prevede che la pubblica amministrazione possa essere condannata alla adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio, per cui il soggetto danneggiato, attraverso la reintegrazione in forma specifica, consegue le stesse utilità che gli sono garantite dalla legge. Si tratta di una tutela che soddisfa pienamente il danneggiato in quanto realizza il suo interesse sostanziale. Questo tipo di tutela, trasposto nel processo amministrativo comporta la condanna alla amministrazione a un *dare* a un *facere* o a un *praestare* specifico che ripari il pregiudizio subito dal privato, configurando una vera azione di adempimento
Qualunque sia l'interpretazione della portata di queste forme di tutela, occorre osservare che il giudice, prima di disporre la reintegrazione in forma specifica o condannare la pubblica amministrazione a un *facere*, compresa l'adozione di un provvedimento, deve "disinnescare" il precedente provvedimento amministrativo causativo del danno, obliterandone gli effetti o con l'annullamento o con la disapplicazione, se è stata proposta azione autonoma di risarcimento. Infatti, per reintegrare in forma specifica è necessario un intervento sulla realtà fattuale e giuridica creata dal provvedimento illegittimo, idoneo a porre in essere le condizioni per tutelare in maniera effettiva la posizione del privato. Se la pubblica amministrazione deve restituire un bene (nel caso di interessi oppositivi) ovvero ordinare un *facere* specifico come l'adozione di un provvedimento (nel caso di interessi pretensivi), l'intervento sulla realtà fattuale e giuridica non può che essere quello di elidere gli effetti del provvedimento illegittimo, altrimenti sarebbe impedito al giudice di soddisfare l'interesse del ricorrente.
Quindi, disapplicazione e l'annullamento sono poteri alternativi. La disapplicazione può venire in rilievo solo laddove il ricorrente non richieda la tutela demolitoria. Entrambi i poteri conseguono a uno scrutinio di legittimità ma incidono in maniera differente sull'atto amministrativo, per cui in modo differente devono essere utilizzati. Solo se l'annullamento non viene richiesto ovvero non è più utile per il ricorrente, allorché viene proposta una domanda diversa dall'annullamento, può rilevare la disapplicazione provvedimentale. L'annullamento è un'azione tipica, se non si chiede, vengono in rilievo altri poteri. Si pensi alla azione di condanna atipica o a quella risarcitoria, ovvero alla possibilità di anticipare alla fase di cognizione l'esecuzione della sentenza, per cui il giudice può indicare nel dettaglio il contenuto dell'obbligo conformativo che grava sulle parti. In tutti questi casi, il giudice può dichiarare l'inefficacia dell'atto e considerarlo *tamqam non esset* nel processo.
La disapplicazione del provvedimento dovrebbe essere oggetto di specifica domanda del ricorrente e i motivi per cui essa viene richiesta devono essere esplicitati nel ricorso, in conformità con il principi tradizionali del processo amministrativo.
In definitiva, annullamento e disapplicazione sono due strumenti tipizzati

dall'ordinamento e sicuramente utili per il privato che vuole far valere una sua pretesa nei confronti della pubblica amministrazione chiedendo, quantomeno, che gli effetti dell'atto siano congelati.
Chiaramente l'atto inoppugnabile, il cui è effetto è preclusivo dell'annullamento, può comunque essere conosciuto dal giudice amministrativo con riferimento ad altra domanda e, quindi, ben potrà essere dallo stesso disapplicato, come viene pacificamente riconosciuto al giudice ordinario.
In questo senso i due istituti si trovano in continuità e non sono antitetici.
Nella sostanza la disapplicazione e l'inoppugnabilità sono già previsti come istituti che convivono nell'ordinamento giuridico senza essere antitetici. A fianco della previsione del termine di decadenza è prevista esplicitamente la possibilità da parte del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo. Visto che il potere di cui all'art. 5 della L.A.C. è estendibile a qualsiasi giudice si può concludere che questo non interferisce con la particolare preclusione all'impugnativa consistente nella inoppugnabilità.
Da ciò si può concludere che il dibattito sull'eventuale incompatibilità fra inoppugnabilità e disapplicazione poteva avere un significato pregnante allorché il processo era caratterizzato dalla sola azione di annullamento per cui si affermava che l'inoppugnabilità non consentiva alcun intervento da parte del giudice sull'atto altrimenti si sarebbero scardinati i capisaldi del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, travolgendo i principi di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa[39].

Ora che il legislatore ha disciplinato il processo amministrativo addirittura nell'ottica del superamento fra cognizione ed esecuzione, ponendo le basi per un superamento del concetto stesso di giurisdizione di merito fino ad arrivare a una concezione di azione unica e atipica, il giudice può intervenire sul rappor-

[39] P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, cit., 63, afferma che nei confronti del giudice amministrativo non sarebbe possibile prevedere un generalizzato potere di disapplicazione dell'atto. Se è vero che il giudice amministrativo può sindacare per qualsiasi vizio di illegittimità dell'atto, è altresì vero che è possibile solo nei confronti dell'atto che sia stato impugnato ritualmente e tempestivamente. I poteri del giudice amministrativo "debbono essere sempre analizzati nell'ambito in cui possono in concreto essere esplicati e cioè all'interno dell'oggetto del giudizio quale è individuato dal ricorrente con il suo ricorso e con gli eventuali atti integrativi dell'oggetto stesso ammessi dalla legge, senza dimenticare che anche il potere del ricorrente di sottoporre al Consiglio di Stato un certo oggetto del giudizio non è affatto libero, ma, al contrario, è sottoposto ad una rigida disciplina anche temporale da parte della legge". Pertanto, secondo l'Autore, il problema della disapplicazione non può risolversi sulla base dei principi generali e astratti ma "deve trovare la soluzione nella teoria che si ritenga di accogliere in merito alla struttura ed alla funzione del giudizio amministrativo". Questa prospettazione è in parte condivisibile allorché aggancia il problema della disapplicazione all'oggetto del giudizio, che, a seguito delle recenti trasformazioni dovute all'ampliamento delle azioni proponibili ed al definitivo superamento della concezione di giudizio sull'atto, si presta ad accogliere anche il potere di disapplicazione del giudice amministrativo. Non è condivisibile laddove non aggancia la disapplicazione ai principi generali, visto che è lo stesso Autore ad affermare la necessità di una apposita norma o, quanto meno, l'applicazione analogica di norme esistenti per giustificare la disapplicazione in capo al giudice amministrativo.
Considerato che una norma riguardante il giudice amministrativo non esiste, due sono le strade da percorrere, quella della estensione analogica dell'art. 5 della legge del 1865 e quella di trarre dall'art. 5 medesimo un principio di carattere generale applicabile a tutti i giudizi.

to fra amministrazione e privato anche in costanza di un atto divenuto inoppugnabile[40].
Da ciò deriva che l'inoppugnabilità ha perso la sua centralità nel sistema delle tutele del diritto amministrativo, ma certamente non ha modificato i suoi connotati distintivi alla cui precisazione ha contribuito in maniera decisiva il professore Paolo Stella Richter.

[40] Si veda F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato*, cit., 989. R. VILLATA *Ancora spigolature*, cit., 1513, critica la visione della azione unica ed atipica affermando che la atipicità può rinvenirsi nel superamento della relazione biunivoca tra natura del diritto soggettivo difeso e domanda proponibile al giudice. Al di là di tale considerazione l'Autore rileva che le domande proponibili attraverso l'azione atipica sono sempre quelle di annullamento, di condanna e di accertamento nei limiti fissati dalle norme processuali e dalle disposizioni sostanziali, le quali non garantiscono sempre il "risultato" al quale aspira il ricorrente.