

AMBROGIO DE SIANO

Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
Università della Campania Luigi Vanvitelli
ambrogio.desiano@unicampania.it

**LEGITTIMAZIONE E INTERESSE A RICORRERE NEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO: IL CASO DELL'AZIONE
DI NULLITÀ**

***LOCUS STANDI* IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE:
THE CASE OF VOIDANCE REQUEST**

SINTESI

La nullità dell'atto amministrativo, a dispetto della sua (oramai quindicennale) tipizzazione (nell'art. 21 *septies*, l. 241/1990), continua ad essere avvolta da una spessa coltre di incertezza, cui non fa eccezione la relativa disciplina processuale (quella contenuta nell'art. 31, co. 4, c.p.a.), la quale si caratterizza per essere densa di contraddizioni e oscurità.

Al netto delle valutazioni sull'operato del legislatore, può senza dubbio affermarsi che quella di nullità sia un'azione del tutto singolare nel panorama del diritto processuale, in quanto parecchio diversa sia da quella civilistica, sia da quella di annullamento. E però, questa singolarità non sembra riguardare la legittimazione e l'interesse a ricorrere, relativamente ai quali pare che la giurisprudenza conduca una indagine pressoché identica a quella che compie nel caso dell'azione di annullamento.

Il presente studio si propone di esaminare proprio la elaborazione giurisprudenziale su legittimazione e interesse a ricorrere nell'azione di nullità, ciò al fine ultimo di inferire elementi utili ad appurare la consistenza attuale della differenza tra nullità e annullabilità nel diritto amministrativo.

ABSTRACT

For about fifteen years having stated by the Law (art. 21 *septies*, l. 241/1990) voidance of administrative decision keeps causing uncertainty. The same is for the judicial request to declare the decision void and null (art. 31, co. 4, c.p.a.), remaining full of contradictions and obscurities.

Undoubtedly, the nullity action is totally unique in the panorama of procedural law: it is highly different from both the invalidity action (in civil trial) and the annulling one (in administrative trial). But, its specialty doesn't seem to concern the legitimacy and the interest to act: in fact, in procedural administrative

law the jurisprudence conducts an almost identical investigation on standing for both nullity and annulling actions.

Therefore, the paper aims to investigate the jurisprudence about standing in nullity action to bring out useful elements to ascertain the actual difference between nullity and annulment in administrative law.

PAROLE CHIAVE: legittimazione a ricorrere – interesse a ricorrere – azione di nullità – azione di annullamento – rilevabilità d'ufficio.

KEYWORDS: legitimacy to act – interest to act – annulling action – invalidity action – raise *ex officio*.

INDICE: 1. Premessa: la specialità dell'azione di nullità nel c.p.a. – 2. L'eccezione alla specialità: la legittimazione a ricorrere. – 2.1. *Segue*: l'interesse a ricorrere. – 3. La rilevabilità d'ufficio. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: la specialità dell'azione di nullità nel c.p.a.

La nullità dell'atto amministrativo è stata sempre caratterizzata da poca limpidezza concettuale, segnatamente in ragione del fatto che il confine che la separava dall'annullabilità è stato storicamente piuttosto labile, tanto da farne mettere in dubbio la predicabilità nei confronti dell'atto amministrativo.

Tuttavia, ormai tre lustri orsono, il sistema della invalidità di quest'ultimo si è avviato a trovare un assetto più compiutamente definito, la l. 15/2005 avendo consentito di sgomberare il campo dalle incertezze sul fatto che esso consti (quantomeno) dell'annullabilità e della nullità.

E però, è stata soprattutto la forma di invalidità classica dell'atto amministrativo, cioè l'annullabilità, ad aver avuto una pressoché definitiva sistemazione¹; viceversa, lo stesso non sembra potersi dire della nullità, la individuazione del trattamento giuridico della quale continuando a risultare alquanto problematica².

¹ Ciò che comunque non ha impedito che si creassero discussioni, ad esempio, sul regime effettuale, in particolare in campo processuale. In proposito A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento dell'atto illegittimo»*, in *Urb. app.*, 2011, 8, pp. 936 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 3, pp. 438 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, pp. 1128 ss.; C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 260 ss.

² La elaborazione dottrinale che ha riguardato, nel corso degli ultimi cento anni, la figura della nullità è copiosissima. Per cui ci si limita a citare gli studi recenti più significativi, ossia le voci enciclopediche di N. PAOLANTONIO, (voce) *Nullità dell'atto amministrativo*, *Enc. dir., Annali*, vol. I, 2007, pp. 855 ss., di T. CITRARO, (voce) *Nullità*, *Dig. disc. pubb.*, Aggiornamento, 2008, pp. 512 ss., e di R. CAVALLO PERIN, (voce) *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, *Dig. disc. pubb.*, Aggiornamento, 2017, pp. 551 ss., nonché i lavori monografici di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2003; M. D'ORSOGNA, *Il problema della*

Invero, la disposizione che ha iscritto la nullità tra le *species* di invalidità proprie dell'atto amministrativo ha finito per generare svariate incertezze, le quali divengono ancor più marcate laddove si esamini la giurisprudenza amministrativa, che con palesi oscillazioni fa uso della nullità stessa. In particolare, dallo studio dei diversi orientamenti emerge una oscura evoluzione del suo regime giuridico tradizionale, quello, per intendersi, di derivazione civilistica, peraltro, almeno in parte, espressamente superato dalla disciplina di cui al c.p.a.

Proprio la disciplina processuale è quella che alimenta le maggiori perplessità, in quanto l'art. 31, co. 4, c.p.a.³, è così denso di contraddizioni e opacità da assomigliare ad un enigma. Come noto, esso 'propone': due diversi riti in considerazione della causa che produce la nullità; regimi processuali differenti a seconda che la parte sia il ricorrente o il resistente/controinteressato; la rilevanza d'ufficio; la concorrenza tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa; un termine decadenziale il cui significato classico stride con la affermata (benché indimostrata) improduttività degli effetti. A ciò si aggiungano i dubbi circa la natura dell'azione, che di regola viene qualificata come di accertamento⁴.

Proprio in considerazione di tutto ciò può senza dubbio affermarsi che l'azione di nullità di cui al c.p.a. sia del tutto singolare nel panorama del diritto processuale, in quanto parecchio diversa sia da quella di natura civilistica⁵, sia da quella di annullamento.

nullità in diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2004; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziale e processuali*, Milano, Giuffrè, 2007; ID., *La nullità dell'atto amministrativo: procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2015; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012; V. SESSA, *Le nullità sopravvenute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

³ Per un'analisi di questa disposizione cfr. N. PAOLANTONIO, *Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 494 ss.; E. FOLLIERI, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, pp. 503 ss.; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, pp. 269 ss.; A. CARBONE, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2011, 3, pp. 1096 ss. Sull'azione di nullità prima del c.p.a., si v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, pp. 999 ss.; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 3, pp. 795 ss.

⁴ Per una rapida illustrazione di ciascuno di questi aspetti controversi sia consentito un rinvio ad A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, ESI, 2018, pp. 190 ss., anche per la bibliografia e la giurisprudenza riportate.

⁵ Come noto, il trattamento processuale della nullità privatistica viene regolamentato da un dato normativo che, quantunque oggetto di ampio e risalente dibattito giusta la sua proble-

Limitando l'analisi al solo processo amministrativo, la rilevata singolarità dell'azione di nullità non pare però coinvolgere la legittimazione e l'interesse a ricorrere: come si vedrà, ai fini della verifica della sussistenza di queste ultime la giurisprudenza conduce una indagine pressoché identica a quella che compie nel caso dell'azione di annullamento.

Tale atteggiamento – che sarà brevemente descritto passando in rassegna le pochissime pronunce a disposizione – fornisce ulteriori spunti per riflettere sulla differenza tra annullabilità e nullità nel diritto amministrativo: sicché, con il presente studio ci si propone di appurare l'attuale consistenza di tale differenza alla luce della giurisprudenza che si è espressa su legittimazione e interesse a ricorrere nelle relative azioni processuali.

Prima di proseguire è però necessario chiarire il lessico di cui si farà convenzionalmente uso, quantomeno per quel che concerne i concetti di legittimazione e di interesse a ricorrere, sulla cui natura (di condizioni, di presupposti, di componenti della struttura del diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale) e sul cui significato il dibattito dottrinale è risalente e incessante⁶. Non essendo possibile in questa sede descrivere le diverse posizioni in campo e dunque adeguatamente giustificare quella per la quale si ha preferenza, si ci limita a dichiarare che: a) per legittimazione a ricorrere si intenderà la capacità di assumere una iniziativa giurisdizionale alla luce della prospettazione della titolarità di una situazione soggettiva meritevole di tutela⁷; b) per interesse a ricorrere si intenderà la utilità (finale o strumentale) ricavabile dall'accoglimento della domanda⁸.

maticità, funge da stabile paradigma per l'interprete: esso è caratterizzato da una giurisdizione unica (quella ordinaria), dalla legittimazione diffusa, dalla rilevabilità d'ufficio del vizio (art. 1421 c.c.) e dalla imprescrittibilità dell'azione (art. 1422 c.c.). È di facile intuizione quanto questo regime sia strettamente collegato a quello sostanziale, che è connotato soprattutto dalla tendenziale inefficacia originaria dell'atto nullo. Tuttavia anche nel diritto civile non mancano eccezioni processuali, evidentemente legate alla peculiarità dei beni protetti dalle disposizioni che sanciscono la nullità al ricorrere di determinati 'difetti' dell'atto: ad esempio, il termine decadenziale per la proposizione dell'azione è proprio sia delle nullità matrimoniali, sia delle deliberazioni assembleari; inoltre nelle medesime fattispecie l'ambito della legittimazione è ben più ristretto rispetto a quello di cui all'art. 1421 c.c. Per una piuttosto recente panoramica sulla nullità civilistica cfr. A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁶ Per tutti L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

⁷ C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2019, 2, pp. 393 ss., *passim*, spec. 433 ss.; F. SAIITA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubb.*, 2019, 2, pp. 511 ss., *passim*. In argomento la bibliografia è particolarmente vasta, per cui ci si limita a citare anzitutto i lavori che descrivono l'istituto della legittimazione nei suoi elementi essenziali: A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, pp. 52 ss.; G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, pp. 65 ss.; G. COSTANTINO, *Legittimazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990; R. VILLATA, *Legitti-*

2. L'eccezione alla specialità: la legittimazione a ricorrere.

L'art. 31, co. 4, c.p.a, non fa cenno alcuno alla legittimazione del ricorrente, limitandosi a disporre che «*La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni*».

Più in generale, il c.p.a. non dedica alcuna disposizione alla legittimazione, mentre qualche spazio è occupato dall'interesse a ricorrere, la cui carenza comporta la inammissibilità del ricorso *ex art.* 35, co. 1, lett. b).

Ai fini della individuazione del legittimato a proporre ricorso avverso un atto nullo neppure si mostra utile il rinvio contenuto nell'art. 39, il quale rimanda alle disposizioni del c.p.c. (in quanto compatibili o espressione di principi generali) per tutto quanto non disciplinato dal c.p.a.⁹: infatti manco nel c.p.c. vi è una disposizione che chiarisce cosa sia e quando sussista la legittimazione processuale¹⁰, che per quel che attiene all'azione di nullità viene di solito rinvenuta altrove, ossia nell'art. 1421 c.c., secondo cui essa può essere proposta da chiunque vi abbia interesse¹¹.

mazione processuale (diritto processuale amministrativo), in *Enc. Treccani*, vol. XVIII, 1990; A. ATTARDI, *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. X, 1993, pp. 518 ss.; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. VIII, 1993, pp. 468 ss. Più recentemente cfr.: V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione 'soggettiva' e legittimazione 'oggettiva' ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 341 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, pp. 241 ss.; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 99 ss.; M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 147 ss.; B. GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in questa Rivista.

⁸ M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Libellula, Lecce, 2019, pp. 37 ss., 38-39, la quale sottolinea che in giurisprudenza il discrimine tra legittimazione e interesse a ricorrere è spesso «*assai incerto*» (41). Sull'interesse a ricorrere cfr. R. VILLATA, *Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, vol. XVII; G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Foro amm.*, 1989, pp. 2269 ss.; G. AB-BAMONTE, *L'interesse a ricorrere oggi*, in *Foro amm. Tar*, 2009, pp. 1267 ss.; E.M. BARBIERI, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1580 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 771 ss.

⁹ Sui confini del rinvio al c.p.c. e sulla inutilizzabilità di quest'ultimo per quanto riguarda l'azione di nullità in considerazione della disciplina di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a., si v. C. Gius. amm., 27 luglio 2012, n. 721.

¹⁰ F. CORSINI, *Legittimazione processuale [dir. proc. civ.]*, in *Treccani on line*, 2019.

¹¹ Anche questa disposizione, benché rubricata «*Legittimazione all'azione di nullità*», si rivolge più che altro all'interesse a ricorrere, dimostrando che la confusione tra le due figure tro-

Per il vero, nel processo amministrativo non si è mai posto un vero problema riguardante la legittimazione a proporre l'azione di nullità, ciò verosimilmente anche in considerazione del fatto che essa è piuttosto inconsueta.

Peraltro, nel minuto campione rinvenuto, è frequente che il G.A. neppure si esprima sulla legittimazione del ricorrente¹². Questo atteggiamento genera quantomeno due conseguenze negative: anzitutto si appiattisce la legittimazione sull'interesse a ricorrere, in quanto l'accesso al processo è valutato dal G.A. non sulla scorta della esistenza (seppur astratta) di una situazione soggettiva meritevole di tutela, bensì sulla scorta della utilità che dall'accoglimento della domanda il ricorrente potrebbe ottenere¹³; inoltre non consente di appurare la natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio e dunque la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Nonostante la reticenza ad esprimersi sul punto sia piuttosto generalizzata, non manca qualche isolata eccezione. In una piuttosto recente azione proposta dal Ministero dell'Interno avverso un'ordinanza sindacale avente ad oggetto la gestione dei migranti, il Tar Catania (Sez. IV, 6 agosto 2018, n. 1671), prima di esaminare il merito della vicenda, e dopo aver verificato la sussistenza della propria giurisdizione¹⁴, ha dichiarato *«la sussistenza delle condizioni dell'azione proposta, poiché la gestione di migranti, rifugiati e richiedenti asilo [...] rientra nella competenza del Ministero dell'Interno. Di conseguenza, spetta a quest'ultimo la legittimazione a ricorrere avverso provvedimenti idonei ad incidere su questioni rientranti nella sua esclusiva competenza»*.

La decisione è molto interessante, innanzitutto per il fatto che la posizione legittimante è stata fondata su una disposizione che attribuisce potere amministrativo al Ministero, di cui il G.A. dovrà in seguito accertare la violazione: in questo caso, la legittimazione si risolve non nella *«titolarità di una situazione soggettiva qualificata»*¹⁵, bensì nella 'possibilità giuridica' dell'azione¹⁶, ossia

va la sua origine anche nel dato normativo. Sull'applicabilità dell'art. 1421 c.c. ai fini della individuazione del nucleo dei legittimati a domandare l'accertamento della nullità nel processo amministrativo cfr. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 186 ss.

¹² Di recente Tar Campania - Napoli, sez. VIII, 19 novembre 2018, n. 6651; 7 marzo 2018, n. 1458.

¹³ Che l'interesse a ricorrere sia non di rado considerato come il fattore esclusivo di legittimazione è sottolineato da F. SAIITA, *La legittimazione a ricorrere*, cit., 524 ss.

¹⁴ Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti rientrano nella giurisdizione esclusiva ex art. 133, co. 1, lett. q), c.p.a.

¹⁵ Ciò che tradizionalmente richiede la giurisprudenza amministrativa ai fini dell'ammissibilità del ricorso: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563.

¹⁶ Di cui si trova traccia in Cons. Stato, Ad.pl. 25 febbraio 2014, n. 9, secondo il quale *«l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a*

nell'affermazione della titolarità di una posizione giuridica attiva configurabile in astratto come meritevole di tutela in quanto oggetto di regolamentazione. In altre parole, nel caso di specie la sussistenza della legittimazione attiva è stata riscontrata alla stregua della sola prospettazione del ricorrente (che ha invocato l'applicazione di alcune disposizioni normative, domandando la declaratoria di nullità degli atti impugnati per difetto di attribuzione), prescindendo dalla effettiva titolarità della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dunque dalla fondatezza della domanda¹⁷.

Il fatto che ai fini dell'ammissibilità del ricorso la giurisprudenza ritenga sufficiente ravvisare un interesse astrattamente protetto dall'ordinamento che il ricorrente si limita a denunciare come proprio pare pienamente coerente con l'affermata (da parte della medesima giurisprudenza) natura di accertamento dell'azione di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a.¹⁸: come noto l'azione di accertamento è rivolta a risolvere una situazione di incertezza riguardante la sussistenza o meno di una certa situazione soggettiva¹⁹, ragion per cui l'ammissibilità del ricorso

tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)».

¹⁷ Secondo C. CUDIA, *Legittimazione*, cit., p. 420, una volta configurato il processo in chiave soggettivistica, «per non vanificare il principio di effettività della tutela, la legittimazione non può più identificarsi con la titolarità della situazione sostanziale»: «se l'assetto sostanziale delle reciproche posizioni [delle parti] può essere determinato (e spesso non del tutto) solo alla fine del processo, anticipare al momento della domanda un giudizio prognostico sulla sua fondatezza equivarrebbe (o potrebbe equivalere) a negare l'accesso al processo». Per evitare dunque che la fondatezza della domanda incida sull'ammissibilità del ricorso, la legittimazione andrebbe riconosciuta a chiunque si affermi titolare di una posizione astrattamente meritevole di tutela. In dottrina è discusso se il giudizio sulla meritevolezza della tutela si debba basare solo sulle disposizioni normative oppure – come sostenuto da M. MARGI, *op. cit.*, pp. 288-289 – spetti piuttosto al giudice, alla libertà del suo convincimento, decidere caso per caso se sia legittimo l'interesse a che avvenga l'accertamento sulla invalidità dell'atto o del comportamento amministrativo.

¹⁸ Concorde è la gran parte della dottrina: N. PAOLANTONIO, *Art. 31*, cit., p. 512; A. CARBONE, *La nullità*, cit., p. 818. In giurisprudenza C. di Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3 e C. di Stato, Ad. pl., 29 luglio 2011, n. 15, e più di recente C. di Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Non manca qualche voce discorde: ad esempio v'è stato chi ha osservato che la previsione di un termine decadenziale dovrebbe condurre a riconsiderare la natura dell'azione di nullità che pare così avvicinarsi a quella di annullabilità tanto da sembrare una sua versione «*raf-forzata, quasi una sua sottospecie qualificata*», così B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., pp. 275-276. In giurisprudenza C. di Stato, sez. IV, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799.

¹⁹ È noto che secondo la tradizionale impostazione della giurisprudenza amministrativa sono inammissibili azioni e pronunce di accertamento nel processo amministrativo di legittimi-

non potrà che fondarsi solo sull'affermazione dell'astratta rilevanza giuridica della posizione del ricorrente piuttosto che sulla titolarità della situazione soggettiva oggetto del giudizio²⁰. Diversamente opinando, l'azione di accertamento nel processo amministrativo sarebbe sempre inammissibile.

tà, perché l'interesse legittimo andrebbe tutelato solo a mezzo dell'impugnazione del provvedimento lesivo: ancora di recente C. di Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002. La giurisprudenza amministrativa aveva invece aperto le porte all'azione di accertamento in giurisdizione esclusiva già con C. di Stato, Ad.pl., 26 ottobre 1979, n. 25, la quale prendeva le distanze dall'opinione secondo cui il paradigma del processo di legittimità influenzerebbe anche il giudizio sui diritti soggettivi, i quali dinanzi al G.A. meriterebbero lo stesso trattamento riservato loro nel processo civile. Tale apertura ha consentito al C. di Stato, 15 maggio 1984, n. 261, di affermare che «*allorché si chieda la tutela di diritti soggettivi, anche non patrimoniali, l'azione di mero accertamento è ammessa nel processo amministrativo negli stessi limiti in cui essa sarebbe ammissibile in un processo civile, avente ad oggetto situazioni soggettive similari, e cioè quando sussista un interesse ad eliminare una situazione di incertezza*». Sulla problematica convivenza tra l'azione di accertamento e il processo amministrativo si v. B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 593 ss., 598 ss. In proposito l'A. – riprendendo l'opinione di E. FERRARI, (voce) *Decisione giurisdizionale amministrativa*, *Dig. disc. pubb.*, vol. IV, 1989, pp. 533 ss., 548 – ha osservato che la mancata previsione dell'azione di accertamento non è di ostacolo alla sua 'spendibilità' nel processo amministrativo, visto che essa non è tipizzata neppure per i diritti soggettivi (600-601). Della stessa opinione, benché supportata da argomentazioni diverse, è A. CARBONE, *La nullità*, cit., 809. Nel condividere tale opinione, da ultimo la giurisprudenza sembra aver addirittura sdoganato l'azione di accertamento in riferimento agli interessi legittimi: il C. di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, ha affermato che «*sebbene a più riprese, sia in sede di redazione del codice, sia in sede di successive modifiche normative, sia stata ipotizzata l'introduzione di un'azione generale di accertamento, e cioè la previsione che chiunque abbia interesse è legittimato a chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle conseguenziali pronunce dichiarative – un'azione generale di accertamento, ad oggi, non è contemplata nel codice del processo amministrativo. Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti alla esperibilità di un'azione di tale natura tutte le volte che detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo (cfr., in particolare, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 e n. 15 del 2011). Infatti, occorre ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo codicistico, dell'azione generale di accertamento non preclude la possibilità di una tecnica di tutela che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di protezione non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme, immediatamente precettive, dettate dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., cui si ispira l'art. 1 del c.p.a.*».

²⁰ In una teorica dell'azione influenzata in maniera decisiva dal carattere soggettivo della tutela giurisdizionale l'oggetto del giudizio sembra dover corrispondere alla situazione soggettiva fatta valere e non al provvedimento amministrativo oppure all'esercizio del potere. Così L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *fàcere**, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Annuario 2012 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, pp. 65 ss., 80 ss. Quest'ultima tesi, che troverebbe fondamento pure nel dato normativo costituzionale e nel diritto processuale vigente, sembra cogliere nel segno anche rimirandola alla luce della teorica dell'oggetto sviluppatasi in riferimento all'atto giuridico, nel cui *genus* vanno inserite sia la domanda giudiziale, alla quale spetta tratteggiare il perimetro dell'oggetto del giudizio, sia la sentenza, che su quest'ultimo si concentra. È noto che per oggetto deve intendersi il termine passivo di un atto, ossia la porzione di realtà giuridica su cui gli esiti effettuali di quest'ultimo vanno ad incidere. Ebbene, pare privo di incertezze il fatto che l'esito del giudizio, e dunque il suo atto conclusivo, apporti modificazioni (di contenuto diverso) alle situazioni soggettive dedotte

Concludendo, la pronuncia in parola dimostra, da un lato, l'efficacia della tesi secondo cui la legittimazione a ricorrere si dovrebbe sostanziare nella prospettiva della titolarità di una situazione soggettiva meritevole di tutela, il che consente di ampliare l'accesso al processo per l'accertamento della nullità di un atto amministrativo; dall'altro, che sotto il profilo indagato è difficile rinvenire una differenza con l'azione di annullamento²¹, in merito alla quale la giurisprudenza sempre più frequentemente sta configurando la legittimazione come affermazione della titolarità (dal lato attivo) del rapporto controverso²².

2.1. *Segue: l'interesse a ricorrere nell'azione di nullità.*

Diversamente dalla legittimazione, la questione riguardante la sussistenza dell'interesse a ricorrere si presenta più scivolosa in ragione dei dubbi che storicamente hanno riguardato la inefficacia originaria dell'atto nullo.

Come noto, tradizionalmente il G.A. ha ritenuto che l'atto affetto dalla forma più grave di invalidità fosse incapace di produrre effetti sin dalla sua venuta ad esistenza: non a caso, della nullità degli atti amministrativi si era occupata (quantomeno sino alla fine degli anni '70 del secolo scorso) la sola Corte di Cassazione, proprio alla luce del fatto che l'atto nullo (al pari di quello inesistente), non rappresentando espressione di potere amministrativo, non potesse comportare la degradazione del diritto soggettivo, le relative controversie, di conseguenza, dovendosi incardinare dinanzi al G.O.²³. E sulla base di tale con-

tramite la domanda di parte. Per quest'argomentazione a supporto della tesi secondo cui l'oggetto del giudizio sarebbe rappresentato dalle situazioni giuridiche soggettive – il plurale è voluto, nel senso che oggetto del giudizio non è solo la situazione soggettiva del ricorrente, ma anche quella del resistente e quella dell'eventuale controinteressato – sia consentito il rinvio ad A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in corso di pubblicazione in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 1. Diverso è l'avviso manifestato da B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo*, cit., 13 ss., 24 ss., secondo cui benché il processo amministrativo sia rivolto alla tutela delle situazioni soggettive, queste restano fuori dal giudizio (quantomeno quello di annullamento), il quale consiste nell'accertamento della validità dell'atto impugnato; proprio per ciò esse rimangono fuori anche dalla sentenza, che passa in giudicato con la sola verifica della lesione che sarebbe occorsa al bene della vita.

²¹ M. RAMAJOLI, *Legittimazione*, cit., p. 1020, ad opinione della quale «*la specificità della categoria della nullità rispetto a quella della annullabilità è svuotata di contenuto sostanziale*».

²² Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 3321, secondo il quale dal lato attivo «*la legittimazione a proporre il ricorso va valutata in relazione alla posizione "afferzata"*», per cui, nel giudizio impugnatorio, legittimato è «*colui che afferma di essere titolare della situazione giuridica sostanziale di cui lamenta l'ingiusta lesione per effetto del provvedimento amministrativo*».

²³ Tuttavia, già negli anni '60 è possibile riscontrare un ammorbidimento nell'orientamento in parola, allorché viene ammessa la possibilità di far accertare la nullità di un

vincimento il G.A. (nei casi di giurisdizione esclusiva) dichiarava la inammissibilità per carenza d'interesse della domanda finalizzata a far accertare la nullità del provvedimento²⁴.

Negli anni a venire, fermo restando l'assunto della improduttività originaria degli effetti²⁵, si è però registrato un mutamento di orientamento in merito all'ammissibilità del ricorso rivolto all'accertamento della nullità dell'atto amministrativo: così sentenziando, di fatto il G.A. ha finito per trattare l'atto nullo come quello annullabile, quantomeno per quel che riguarda il profilo dell'interesse a ricorrere²⁶.

Nelle poche sentenze a disposizione di solito il G.A. (così come con la legittimazione) non si esprime sull'interesse del ricorrente, la cui sussistenza finisce per ricavarsi dall'ordito motivazionale o direttamente dal dispositivo della sentenza.

Tuttavia, in qualche caso il G.A. ha reso esplicita la valutazione compiuta: ad esempio nella già citata sentenza n. 1671/2018 il Tar Catania si è pronunciato (non solo sulla legittimazione, ma) pure sull'interesse a ricorrere, affermando che: *«poiché l'accoglimento del ricorso implicherebbe la rimozione di un provvedimento ostativo, in quanto appunto costituente limite, al pieno esercizio di una potestà pubblica riservata nel nostro ordinamento giuridico allo Stato, sussiste nella fattispecie l'interesse del Ministero dell'Interno»* a presentare ricorso²⁷.

Nel caso di specie l'interesse a ricorrere pare possedere tutti i suoi classici requisiti, ossia la personalità, la concretezza e finanche l'attualità, smentendo così quella parte della dottrina secondo cui nel caso dell'azione di nullità

atto nel caso in cui questo costituisca il presupposto dell'atto impugnato (C. di Stato, sez. V, 22 aprile 1961, n. 161).

²⁴ Cfr. C. di Stato, sez. IV, 10 novembre 1981, n. 866. E però, un po' stranamente, la sentenza in rito talvolta comportava che la domanda fosse stata accolta: ed invero la pronuncia di inammissibilità poteva 'nascondere' una statuizione sostanzialmente favorevole al ricorrente, in quanto il G.A., dichiarando la nullità dell'atto, eliminava l'incertezza in cui il ricorrente stesso si era venuto a trovare.

²⁵ *Contra* solo C. di Stato, sez. IV, n. 5799/2011, cit., su cui si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimentali e azione di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012, n. 6, 1434 ss.

²⁶ Il quale dalla giurisprudenza viene individuato nel vantaggio pratico e concreto che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa: l'interesse a ricorrere, quindi, postula che l'atto impugnato abbia prodotto in via diretta una lesione attuale della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, così C. di Stato, sez. IV, n. 3321/2018, cit.

²⁷ Il ricorso è stato accolto, tra l'altro, per difetto di attribuzione in quanto l'atto impugnato è stato *«adottato da un'autorità, nella specie costituita dal Sindaco nella sua dichiarata qualità di rappresentante della Comunità Locale e non di Ufficiale di Governo, appartenente ad un plesso amministrativo (quello Comunale) differente da quello Statale effettivamente competente, rientrando, infatti, nella esclusiva competenza del Ministero dell'Interno e delle Prefetture il potere di emanare provvedimenti in materia di accoglienza e gestione dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo»*.

l'interesse a ricorrere perderebbe quantomeno il carattere dell'attualità in considerazione della inefficacia dell'atto nullo²⁸.

Del resto, al netto della pronuncia in parola, la tesi appena menzionata è difficile da condividere in quanto non sembra tenere in considerazione il divieto di cui all'art. 34, co. 2, c.p.a., secondo cui il G.A. «*in nessun caso [...] può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»²⁹: a ben vedere, questa disposizione pare fornire fondamento positivo alla necessità che l'interesse a ricorrere possieda (pena la inammissibilità del ricorso) i requisiti dell'attualità e della concretezza, ciò a prescindere dal tipo di azione proposta.

Insomma, è di tutta evidenza che per quel che concerne le condizioni di ammissibilità del ricorso, stando alla recente giurisprudenza amministrativa, tra le azioni di nullità e annullabilità non sia possibile rinvenire alcuna differenza; così come non è possibile accorgersi che la sentenza assunta sulla domanda di nullità sia dichiarativa, essa viceversa sembrando identica ad una decisione di natura costitutiva³⁰.

Nondimeno, se l'equiparazione (tra le azioni in parola) per quel che concerne la legittimazione non desta dubbi, lo stesso non può dirsi per l'interesse a ricorrere: a prima vista verrebbe da osservare che se il G.A. continua ad assumere che l'atto nullo non produce effetti sin dalla sua venuta ad esistenza avrebbe probabilmente senso continuare a dichiarare il relativo ricorso inammissibile, ciò che, però, nella giurisprudenza degli ultimi anni non accade mai. Sicché, resta qualche perplessità sulla coerenza della pronuncia di ammissibilità, non risultando chiaro perché il G.A. abbia smesso di pronunciare in rito nono-

²⁸ E. FOLLIERI, *Azione di nullità*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 205 ss., 210.

²⁹ Al divieto in parola sono stati attribuiti significati diversi. Esso è stato inteso come funzionale: ad impedire che il G.A. si faccia amministratore – M. MAZZAMUTO, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 67 ss., 80 ss.-; a consentire che la P.A. si esprima prima che il G.A. possa intervenire – M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in B. GILBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, 2019, *Giapeto editore*, 275 ss., 289 –; a preservare la regola secondo cui il fisiologico luogo di svolgimento del potere è il procedimento – P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in ID., *Il processo amministrativo*, cit., 57 ss., 65 ss. Per la giurisprudenza riguardante la disposizione in parola si rinvia ai contributi appena citati.

³⁰ Per il vero, ritenere che l'azione di nullità sia di accertamento ovvero costitutiva non sembra cambiare molto sotto il profilo pratico, ciò avendo rilievo segnatamente per la classificazione teorica delle azioni: a ben vedere, appare non semplicissimo distinguere i risultati che il ricorrente otterrebbe dall'azione di nullità rispetto a quelli normalmente derivanti dall'azione di annullamento; inoltre, la violazione di entrambe le pronunce condurrebbe alla medesima forma di tutela, ossia all'ottemperanza. In proposito si v. B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., pp. 281 ss., secondo il quale «*finalisticamente intesa l'azione di nullità non si distingue dall'azione di annullamento, sicché la sua diversità si limita al piano dei presupposti ed a quello della differente latitudine dei poteri dei soggetti del processo*» (282).

stante abbia mantenuta ferma la propria convinzione circa il regime effettuale dell'atto amministrativo nullo.

Una prima possibile spiegazione (di natura – a dir così – pratica) risiede nel fatto che il G.A., a prescindere dall'azione introdotta, continua a fare uso del modello impugnatorio/caducatorio, che in fondo ben si presta anche ad una indagine sulla nullità.

Una seconda possibile spiegazione (di natura processuale) è legata all'affermazione della giurisdizione amministrativa: assumere che l'atto nullo non sia espressione di potere (e in quanto tale improduttivo di effetti) significherebbe escludere del tutto la cognizione del G.A. sugli atti nulli salvo che nei casi di giurisdizione esclusiva³¹.

Una terza possibile spiegazione (di natura sostanziale) attiene all'applicabilità dell'atto amministrativo che si ritiene essere nullo ma che non è stato ancora dichiarato tale, visto che la sua nullità, e dunque la sua incapacità di produrre effetti, può essere accertata e pronunciata solo all'esito del giudizio³².

In proposito viene di domandarsi: prima che il G.A. appuri la nullità di un atto sottoposto alla sua cognizione esistono ragioni giuridiche per sostenere che esso sia inapplicabile o debba essere disapplicato da parte dei suoi destinatari? Vi sono motivi che legittimano la P.A., da un lato, e il privato, dall'altro, a non mettere in esecuzione l'atto che considerano gravemente invalido?

Ebbene, entrambe le domande sembrano meritare una risposta negativa, la quale trova fondamento nel concetto di applicabilità dell'atto giuridico.

L'oggetto del presente lavoro non consente di dilungarsi sul punto³³, sicché in questa sede ci si limiterà ad accennare per sommi capi ai principali passaggi argomentativi necessari a mostrare che non v'è alcuna ragione per ritenere inapplicabile un atto che si suppone (e che semmai, alla fine del giudizio, si accerterà) essere nullo, il che potrebbe spiegare il motivo per cui il G.A. ai fini dell'ammissibilità del ricorso considera necessaria la sussistenza di un interesse (non solo personale, ma pure) attuale e concreto³⁴.

³¹ Giusta l'art. 7 c.p.a.

³² C. di Stato, sez. IV, n. 5799/2011, cit.

³³ Per un approfondimento sul concetto di applicabilità si consenta un ulteriore rinvio ad A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., pp. 257 ss., spec. 266 ss.

³⁴ A conferma della necessità che pure nel caso in cui si discuta di atti nulli l'interesse a ricorrere debba essere dotato di tutti i suoi classici requisiti cfr. C. di Stato, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 67, il quale, riferendosi all'eccezione di nullità, afferma che «la "opponibilità" della nullità ad opera della parte resistente deve essere fondata su un interesse concreto e attuale, il medesimo che, più in generale, costituisce il presupposto dello *jus excipiendi in iudicio*».

Tradizionalmente, si ritiene che la vita di un atto giuridico sia composta da tre dimensioni giuridiche essenziali: quella della sua venuta ad esistenza³⁵, quella della sua (in-)validità, quella della sua (in-)efficacia. Tuttavia, nel teorizzare ciò, viene omessa una ulteriore dimensione, quella dell'applicabilità, la quale pare porsi su un piano ulteriore rispetto alle altre dimensioni, segnatamente a quella della (in-)validità e a quella della (in-)efficacia³⁶.

Ed invero, a ben pensarci, la reazione ordinamentale alla difformità (dalla legge) che prende il nome di nullità non impedisce l'applicabilità (da parte dei suoi destinatari) dell'atto che ne è affetto in ragione di un duplice ordine di motivazioni.

In primo luogo, la inefficacia non è costruita dall'ordinamento come conseguenza automatica della invalidità: a riguardo è facile osservare che nessuna disposizione inibisce l'applicazione di un atto per effetto della sua invalidità prima che questa venga dichiarata; anzi, una serie di disposizioni generali contenute nel Capo IV-*bis* della l. 241/1990 portano a concludere esattamente nel senso opposto, in quanto da esse si desume che l'atto (seppur invalido) è pienamente applicabile, e dunque efficace³⁷.

Se è vero che l'applicabilità di un atto giuridico si risolve nelle ragioni che ne giustificano l'uso da parte del suo destinatario³⁸, ebbene l'atto invalido, con-

³⁵ La venuta ad esistenza di un atto giuridico costituisce il risultato di una prima qualificazione normativa (giudizio di rilevanza) che consente allo stesso atto di essere sottoposto all'ulteriore procedimento di qualificazione normativa (giudizio di validità). Recentemente cfr. V. CERULLI IRELLI, *Invalit  e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, *Dir. pubb.*, 2015, 1, pp. 203 ss., 213, il quale attinge alla dottrina civilistica di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrina generale di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1950; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, Giuffr , 1950; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullit *, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1956, I, pp. 61 ss.

³⁶ Il concetto di applicabilit    stato oggetto di non moltissime riflessioni *ex professo* dedicategli. In merito G. PINO, *L'applicabilit  delle norme giuridiche*, in *www.dirittoquestionipubbliche.org*, 2011, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2014, 431 ss. Se ne trova traccia anche in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validit  degli atti giuridici tra teoria e dogmatica*, in *Dir. pubb.*, 2015, 1, pp. 250 ss. Nel diritto straniero V.J.L. TRIVINO, *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teor a del derecho y la dogmatica jurídica*, Doxa, 1999; e di P.E. NAVARRO - C. ORUNESU - J.L. RODRÍGUEZ - G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 133 ss.; J.J. MORESO - P.E. NAVARRO, *Applicabilit  ed efficacia delle norme giuridiche*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 15 ss.

³⁷ Ci si riferisce all'art. 21 *bis*, che si occupa dell'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati; all'art. 21 *quater* sulla efficacia ed esecutivit  del provvedimento; agli articoli 21 *septies* e *octies* sulla nullit  e annullabilit , oltre che all'art. 21 *nonies* sull'annullamento d'ufficio.

³⁸ Cos  G. PINO, *op. cit.*, p. 8, ad avviso del quale «l'applicabilit  riguarda [...] le ragioni [...] in base alle quali una disposizione o norma possono o devono essere usate». Queste ragioni vanno rinvenute in altre norme, oppure in convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura

siderato il reticolo normativo che non ne inibisce (anzi pare riconoscere) la capacità di produzione degli effetti suoi propri, è un atto applicabile, anzi da applicare, proprio in considerazione del fatto che la sua utilizzazione è richiesta dal diritto positivo³⁹.

In secondo luogo, le disposizioni che servono per far accertare la invalidità e dichiarare la inefficacia, e che quindi possono impedire l'applicabilità, sono utilizzabili solamente *ex post*: ci si riferisce a quelle di natura processuale, che, stante la esecutività dell'atto amministrativo (valido o invalido che sia), prescrivono che il soggetto che si afferma titolare di un interesse qualificato debba necessariamente proporre un'azione cautelare al fine di sospenderne l'efficacia e un'azione principale (di natura costitutiva) al fine di eliminarlo dal mondo giuridico. Di talché, stante la disciplina processuale vigente, si rafforza la convinzione che esistano ragioni normativamente fondate per ritenere applicabile l'atto invalido, in quanto il diritto vigente predispone una verifica della sua inefficacia del tutto eventuale e comunque successiva alla proposizione di un'azione giurisdizionale⁴⁰. In proposito, non può sfuggire che un così organizzato 'sistema di recupero' della consequenzialità logico-giuridica tra invalidità e inefficacia costituisca un ulteriore elemento positivo che giustifica l'applicabilità⁴¹.

Fondamentalmente per queste due ragioni l'atto amministrativo, a prescindere dalla sua validità⁴² e grazie alla sua venuta ad esistenza⁴³, sembra poter (anzi dover) trovare applicazione. E proprio perché non vi sono argomenti per pensare che la invalidità possa inibire ovvero attenuare la forza conformativa

giuridica di riferimento: si tratta, in altre parole, di criteri di applicabilità, che suggeriscono quale sia la disposizione o la norma da applicare tra quelle potenzialmente rilevanti per il tipo di decisione che deve essere presa e specularmente quali disposizioni o norme non applicare (17).

³⁹ Ancora G. PINO, *op. cit.*, loco cit., il quale precisa che l'applicabilità non riguarda gli atti che sono di fatto applicati, ma piuttosto quelli la cui applicazione è sorretta da buone ragioni in un ordinamento o in una data cultura giuridica.

⁴⁰ Alla stessa maniera, ossia funzionanti esclusivamente *ex post* rispetto all'applicabilità (e all'applicazione) dell'atto, sono connotate le disposizioni in tema di riesercizio del potere e di ricorsi amministrativi.

⁴¹ I criteri giuridico-positivi di applicabilità sono a loro volta il frutto di attività interpretativa, per cui il loro ambito di applicazione è mutevole e dipende da ulteriori criteri di applicabilità. Sul punto si v. G. PINO, *op. cit.*, pp. 18 ss.

⁴² Può accadere – come osserva G. PINO, *op. cit.*, 17 – che «una disposizione formalmente invalida, e dunque *prima facie* inapplicabile, sia considerata applicabile (e che indirettamente lo siano le norme da essa derivabili), e che ciò sia richiesto dallo stesso diritto positivo o da convenzioni diffuse nella cultura giuridica». Così come può accadere altresì che «gli organi dell'applicazione siano autorizzati, o addirittura obbligati, ad utilizzare come validi atti giuridici che sono *ab initio* invalidi».

⁴³ Che l'applicabilità, in assenza di una disposizione che espressamente la vieti, sia propria di qualunque atto esistente lo afferma anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., p. 264, secondo cui «un atto o una norma purché esistenti sono applicabili in qualche rapporto giuridico».

proveniente dalla legge, detta applicazione si risolve nella produzione degli effetti tipici dell'atto⁴⁴, il quale però potenzialmente è inefficace: tuttavia, non lo sarà sino all'intervento dell'organo dotato del potere a tal fine necessario, così sopraggiungendo anche la inapplicabilità⁴⁵.

Insomma, guardando al dato normativo (sostanziale e processuale) può dirsi che alla nullità corrisponda una inefficacia non automatica; l'assenza di tale automatismo, frutto di una scelta legislativa⁴⁶, comporta l'applicabilità dell'atto, che si sostanzia nella capacità di questo di generare gli effetti tipici suoi propri, cambiando la realtà giuridica con la quale viene in contatto⁴⁷; ciò fino a quando non sarà 'giustiziato' (in quanto difforme dalla disposizione di riferimento), momento in cui la sua inefficacia verrà attualizzata, rendendolo di conseguenza inapplicabile.

Una ricostruzione di tal tenore pare attenuare il disagio di confrontarsi solamente col (per certi versi paradossale) rapporto tra validità/invalidità e efficacia/inefficacia, fornendo una spiegazione plausibile alla capacità dell'atto invalido di esprimere forza conformativa producendo effetti⁴⁸.

⁴⁴ Il rapporto tra applicabilità ed efficacia non è agevole da definire, anche per il carattere sfuggente del termine efficacia. Nella dimensione empirica le due categorie tendono a sfumare l'una nell'altra, tanto è vero che di fatto le norme efficaci sono quelle applicate. E però l'efficacia in sé non è una ragione giustificatrice per l'applicabilità; potrebbe esserlo ma a determinate condizioni: sarebbe necessario che una norma o una convenzione prescriva di giustificare decisioni facendo riferimento a norme efficaci. Una sintetizzazione della variegata relazione intercorrente tra applicabilità ed efficacia è offerta da G. PINO, *op. cit.*, 9.

⁴⁵ Come precisato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., p. 263, in un ordinamento giuridico il giudizio relativo alla inefficacia di un atto, in quanto tale destinato a non essere applicato, non può che giungere da un'autorità a sua volta autorizzata dall'ordinamento a compiere tale giudizio, che sarà formulato secondo le regole che ciascun ordinamento stabilisce per il regime di validità/invalidità degli atti e delle norme.

⁴⁶ Non per forza legata alla presenza dell'autorità, perché non è dissimile la scelta legislativa con riguardo agli atti dei privati. Eppure, il fatto che l'equiparazione tra atto valido e invalido quanto al profilo effettuale sarebbe giustificato dal profilo funzionale dell'atto e dalla prevalenza (giuridica) dell'interesse pubblico rispetto agli interessi che vi si contrappongono è sostenuto, tra gli altri, da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, pp. 1 ss., 9.

⁴⁷ Che la invalidità non impedisca l'applicabilità è un dato pressoché pacifico: basti pensare alla annullabilità. Lo sostiene anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., pp. 264-265, secondo cui tutte le norme difformi da una norma superiore – l'A. precisa che per norme vuole intendere «*qualunque enunciato di senso di un atto, anche particolare e concreto*» – «*sono certamente applicabili e di fatto continuamente applicate*». Nonostante siano difformi dal paradigma di riferimento, «*divengono invalide soltanto quando mediante un giudizio di invalidazione – un giudizio relativo alle conseguenze che l'irregolarità produce secondo il singolo ordinamento giuridico – esse smettono di funzionare, cioè non possono essere più applicate*».

⁴⁸ Quel che è disagevole spiegare è soprattutto la capacità conformativa dell'atto invalido, ossia la sua forza vincolante, la sua capacità di fondare, per un verso, decisioni e, per altro verso, l'obbligo da parte dei destinatari di osservarlo. Il ricorso al concetto di applicabilità permetterebbe di giustificare il fatto che dall'atto invalido possa (inizialmente, ma anche stabil-

In definitiva, la relazione esistente tra la invalidità e la inefficacia andrebbe ricostruita (non) in termini di (reazione automatica di natura demolitoria degli effetti e quindi di causalità diretta, bensì di) condizione legale di natura sospensiva, nel senso che la seconda non consegue automaticamente alla prima, costituendo la risposta (*ex lege* individuata) alla difformità dall'ordinamento, che però va 'innescata' – ecco perché è ritenuta 'condizionata' – da un interesse qualificato, la presenza del quale – evento futuro e incerto – è indispensabile per generare la perdita della capacità di produrre gli effetti tipici dell'atto. In altre parole, la invalidità può sì comportare la inefficacia, che è la sua conseguenza logica, sebbene non giuridicamente immediata; tuttavia, affinché ciò avvenga è necessaria l'attivazione di un'altra disposizione che, una volta concretizzatasi in un atto amministrativo o giurisdizionale, conduce l'atto invalido alla inefficacia⁴⁹. Fino a quando ciò non accade l'atto sarà applicabile, ossia avrà «*attitudine a giustificare una decisione istituzionale, potendosi cioè supporre che un organo di applicazione del diritto [lo] porrà a fondamento di una propria decisione e che questo derivi da un preciso obbligo giuridico*»⁵⁰. Ovviamente la 'inattività' della inefficacia sarà definitiva al decorrere del termine decadenziale, in tal momento intervenendo la inoppugnabilità dell'atto (seppur invalido), che a sua volta renderà stabile la sua applicabilità⁵¹.

Il concetto di applicabilità – in quanto funzionalizzato ad individuare non gli atti (in-)validi, bensì quelli la cui applicazione è giustificata dal diritto positivo⁵² – serve a spiegare pure la relazione tra invalidità e (in-)efficacia nel caso dell'annullabilità, ciò avvicinando ulteriormente la nullità a quest'ultima⁵³:

mente) discendere un effetto conformativo: ad avviso di G. PINO, *op. cit.*, p. 31, il concetto di applicabilità è utile per «*eliminare dal concetto di validità ogni riferimento all'obbligatorietà, alla forza vincolante, alle ragioni per agire e per giustificare decisioni*».

⁴⁹ Tale conclusione mette in evidenza il significato da attribuirsi alla categoria della invalidità, che, sebbene non appiattita su quella della inefficacia, ne ha bisogno per conformare la realtà giuridica, in quanto da sola non provocherebbe alcuna conseguenza sotto il profilo effettuale.

⁵⁰ Ancora S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., p. 265.

⁵¹ La stabilità dell'applicazione potrebbe però essere rimossa dalla P.A., che riesercitando il potere potrebbe "fare giustizia" dell'atto nullo. In proposito, tra gli altri, A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 325.

⁵² Sulla funzionalizzazione del concetto di applicabilità e anche sulla sua indispensabilità al positivismo giuridico G. PINO, *op. cit.*, p. 32, ad avviso del quale la identificazione del diritto è cosa diversa dall'obbedirvi e dal darvi applicazione; per cui il positivismo giuridico, come teoria di identificazione del diritto, non potrebbe fare a meno di una distinta teoria dell'applicabilità.

⁵³ Nello stesso senso M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento. Profili di teoria generale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, pp. 115-116, il quale, ritenendo che annullabilità e nullità siano formule che alludono alle più comuni tecniche adoperate dal legislatore per reagire alla efficacia degli atti invalidi, sostiene che la distanza tra loro si riduce notevolmente, in quanto entrambe, per un verso, presuppongono l'efficacia, cambiando solo le modalità operative del rimedio; per

ed invero, la nullità, lungi ormai dal costituire lo strumento che in passato serviva a ripartire la giurisdizione tra G.O. e G.A., non recando più quella infallibilità nel sanzionare il disvalore – infallibilità che si realizzava soprattutto tramite la imprescrittibilità della relativa azione processuale –, pare essere stata concepita (dal legislatore) come una forma più grave di annullabilità⁵⁴.

Questa sostanziale assimilazione normativa è verosimile che sia ben percepita dal G.A., il quale finisce oramai per trattare l'atto nullo come quello annullabile (anche) per quanto concerne l'interesse a ricorrere, che, quindi, deve essere connotato dai requisiti della personalità, attualità e concretezza ai fini dell'ammissibilità del ricorso nei confronti di un atto (ritenuto) nullo.

3. La rilevabilità d'ufficio.

Non v'ha dubbio che teorizzare l'applicabilità dell'atto nullo (che potrebbe pure non essere mai dichiarato tale) significa far salve quelle difformità cui l'ordinamento ha attribuito un particolare disvalore⁵⁵.

Questa illogicità – è infatti del tutto illogico che un atto *contra legem* produca effetti – viene 'accettata' dal legislatore, che, però, vi pone parziale rimedio assegnando al G.A. il potere di rilevare la nullità d'ufficio: viene così approntata una reazione processuale ad iniziativa officiosa rivolta ad evitare che un atto nullo perduri ad essere applicato e, dunque, a produrre gli effetti suoi propri.

La rilevabilità d'ufficio mette evidentemente in crisi la teorica delle condizioni dell'azione giurisdizionale, la quale è interamente fondata sulla natura spiccatamente soggettiva del processo amministrativo⁵⁶: a dispetto di tale natura, il legislatore ha conferito al G.A. la legittimazione a rilevare che nella controversia oggetto della sua cognizione vi sia un atto nullo che non è stato censurato in quanto tale dalle parti, le quali, viceversa, lo stanno 'trattando' come un atto valido.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'esercizio di tale potere «è sempre obbligatorio [...] come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applica-

un altro, sono nella disponibilità del legislatore e degli interpreti, che possono modificare il loro contenuto, rescindendo il collegamento tra *nomen*, struttura e loro modalità operative.

⁵⁴ È analoga la conclusione rassegnata da B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., pp. 275-276.

⁵⁵ Naturalmente lo stesso discorso vale per l'annullabilità, che però consegue al verificarsi di difformità che (stante la loro minore gravità) l'ordinamento ritiene più sopportabili.

⁵⁶ C. Gius. amm., n. 721/2012, cit., secondo cui la rilevabilità d'ufficio esprime una «parentesi di giurisdizione oggettiva». Nondimeno, alle parti va concesso il contraddittorio sulla questione sollevata d'ufficio dal giudice.

zione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato». Sicché il G.A. che abbia rilevato la nullità di un atto «è sempre tenuto a dichiararla d'ufficio» «nell'interesse oggettivo della legge»⁵⁷.

È così presto individuato l'interesse che è sotteso all'intervento del giudice: esso è rappresentato dal rendere inapplicabile un atto che (nonostante la sua invalidità) è fonte di produzione di effetti giuridici, il protrarsi dei quali va impedito non solo per la utilità propria delle parti del giudizio ma anche, anzi soprattutto, per quella del diritto oggettivo⁵⁸.

Del resto è questo l'orientamento più recente della Corte di Cassazione, secondo cui l'intervento officioso, che non trova limiti e condizioni nel diritto positivo, è rivolto a tutelare interessi di natura sovra-individuale⁵⁹: il rilievo d'ufficio, più che funzionalizzato a premiare l'interesse di una parte del processo, è dunque essenzialmente vocato a perseguire l'interesse pubblico che il legislatore intendeva proteggere con la disposizione sostanziale che ha sancito la nullità⁶⁰.

⁵⁷ C. Gius. amm., n. 721/2012, cit.

⁵⁸ Viene così superato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il rilievo della nullità fosse esclusivamente finalizzato a paralizzare la pretesa del ricorrente, ciò in ossequio al principio della domanda. In proposito M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire*, cit., pp. 1010 ss., e F. LUCIANI, *Processo amministrativo*, cit., pp. 546 ss., i quali osservano che un sentenziare siffatto finisce per favorire la P.A. in danno del privato ricorrente. L'abbandono del precedente orientamento si percepisce da C. di Stato, sez. IV, n. 67/2018, cit., secondo cui «il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, comma 4, c.p.a.) solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento)». La possibile 'convivenza' tra la rilevanza d'ufficio e il principio della domanda non deve finire per eludere il termine decadenziale: la giurisprudenza amministrativa è attenta nel precisare che «la rilevanza d'ufficio della nullità di atti amministrativi da parte del Giudice Amministrativo può avvenire solo "in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 Cpa" (Consiglio di Stato, Sezione IV, 03/01/2018, n. 28 [...]) o in cui, comunque, tali atti vengono impugnati direttamente, ovvero, in altri termini, "solo in favore della parte resistente (nel senso cioè del non accoglimento della domanda proposta dal ricorrente) e non già in favore di quest'ultimo, rispetto al quale viceversa è prescritto un preciso onere a pena di decadenza"» (Tar Puglia - Lecce, sez. III, 11 novembre 2018, n. 1475).

⁵⁹ Corte di Cassazione, SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, in cui si osserva che «proprio la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica a un atto nullo».

⁶⁰ Ed invero – precisa ancora la Corte di Cassazione, SS.UU., n. 26242/2014, cit. – la vera *ratio* della rilevanza officiosa della nullità non è quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (altrimenti, l'art. 1421 c.c. sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero), ma piuttosto quella di «impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici». Ecco perché, per un verso, la nullità può essere sempre oggetto d'accertamento da parte del

Insomma all'applicabilità dell'atto di cui non si è ancora accertata la nullità fa da contrappeso il rilievo d'ufficio, il quale è rivolto a privarlo di tale applicabilità laddove le parti non solo non l'abbiano censurato ma anzi pretendano di riceverne un beneficio.

Questo aspetto è uno dei pochi che caratterizzano la nullità 'contemporanea', ossia l'essere costruita a tutela non solo dell'interesse individuale (che viene fatto valere in giudizio), ma soprattutto di quello superindividuale, ossia di quello pubblico, ciò che finanche consente al G.A. di intervenire *ex officio* per evitare che una sua pronuncia sancisca definitivamente l'applicabilità di un atto recante un disvalore ritenuto particolarmente grave dall'ordinamento⁶¹.

4. Considerazioni conclusive.

Concludendo, dalla breve indagine condotta sulla recente giurisprudenza amministrativa pare si possa affermare che per quel che riguarda la legittimazione e l'interesse a ricorrere le azioni di nullità e annullabilità sono del tutto equivalenti.

Questa equivalenza è figlia soprattutto della identità morfologica di nullità e annullabilità, in particolare per quanto riguarda il rapporto tra la dimensione della conformità/diformità (rispetto al paradigma normativo) e quella della efficacia/inefficacia, tra le quali – come si è provato, benché in estrema sintesi, a dimostrare – si colloca la dimensione della applicabilità/inapplicabilità. E proprio l'applicabilità 'costringe' il G.A. a pretendere condizioni di ammissibilità identiche sia per l'accertamento della nullità che della illegittimità dell'atto amministrativo.

L'attuale orientamento della giurisprudenza amministrativa è da salutare con favore giacché consente un ampio accesso non solo al processo ma pure alla sentenza di merito, così migliorando la qualità della tutela avverso l'atto nullo: basti pensare alla fase conformativa, che in passato risultava spesso complicata in quanto la pronuncia di inammissibilità del ricorso, benché so-

giudice e, per altro verso, tale accertamento sarà idoneo a produrre, finanche in assenza di un'istanza di parte (principale o incidentale che sia), l'effetto di giudicato.

⁶¹ Sulla 'duplicità' della nullità v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione*, cit., pp. 6 ss., il quale, in maniera sostanzialmente corrispondente a quanto accade in ambito giusprivatistico, dove si opera la distinzione tra nullità di direzione e nullità di protezione, ritiene si possa «*distinguere funzionalmente tra le nullità disposte a scopo di (auto)protezione della stessa p.a. e nullità previste a fini di garanzia del privato*», nella prima categoria rientrando le cd. nullità testuali, e nella seconda tutte le altre ipotesi previste nell'art. 21 *septies*.

stanzialmente contenente una statuizione favorevole al ricorrente, rendeva difficile la rimozione degli effetti prodotti dall'atto.

Questo aspetto positivo (del tutto di matrice giurisprudenziale) è in controtendenza rispetto alla disciplina di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a., la cui cervellottica formulazione mi pare abbia causato un peggioramento della tutela complessiva nei confronti della nullità, il che è un fatto tutt'altro che insignificante visti l'aumento delle nullità testuali e l'importanza dei settori in cui tale forma di invalidità è di solito utilizzata (ad esempio nei contratti pubblici). Non deve essere un caso, del resto, che, ad ormai un decennio dall'entrata in vigore del c.p.a., le pronunce giurisdizionali sugli atti nulli siano davvero pochissime, il che sembra essenzialmente da attribuire all'incertezza che connota la tipizzazione della relativa azione, di cui, vista la marginalizzazione in cui è stata di fatto relegata, poteva probabilmente farsi a meno.