

Daniele Corletto

Sulla nullità degli atti amministrativi

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *La nullità nel diritto amministrativo tedesco*; 3. *La nullità nel diritto amministrativo svizzero*; 4. *La nullità nel diritto amministrativo austriaco*; 5. *Alla ricerca di un modello da imitare?*; 6. *La nullità fra evidenza del vizio ed esigenze della effettività e della certezza*; 7. *La nullità-evidenza e la nullità-sanzione*.

1. Premessa.

Dopo l'entrata in vigore delle disposizioni della legge n. 15 del 2005 che hanno modificato la legge n. 241 del 1990, l'interesse di molti studiosi si è appuntato, fra l'altro, anche sulle previsioni del nuovo art. 21-*septies* in tema di nullità dei provvedimenti amministrativi¹.

Le riflessioni che la novità normativa ha destato hanno riguardato i vari aspetti del regime dell'atto qualificabile come nullo secondo i termini della nuova disciplina, ma prima ancora il concetto stesso di nullità, i rapporti di questo con la nozione di inesistenza (giuridica o materiale), e con quella di annullabilità, e l'inquadramento della nullità nell'ambito dei concetti fondamentali dell'azione amministrativa.

Non è mancata, più o meno esplicitata da chi vi ha dedicato le sue riflessioni, la sensazione di una difficoltà, che non deriva solo dal doversi confrontare con la teoria delle nullità, che già l'antica dottrina riconosceva

In: Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Padova, CEDAM, 2007, vol. II, pag. 51-66 .
ISBN: 978-88-13-27270-8

¹ Fra tutti vedi L. Mazzaroli, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 543 ss; M. D'Orsogna, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 359 ss.; M.R. Spasiano, *Commento all'art. 21 septies*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 551 ss..

come una delle più oscure ², ma dal dover fare i conti con le più specifiche esigenze della effettività del pubblico potere e della certezza delle aspettative che si possono nutrire nei confronti delle sue manifestazioni.

E' ben noto che, a suo tempo, il Consiglio di Stato aveva preferito, dopo qualche esitazione terminologica, prendere una chiara posizione negativa sul "diritto di cittadinanza" del concetto di nullità nel diritto amministrativo, poi mantenuta saldissimamente per più di ottant'anni ³. Con la decisione 3 ottobre 1911 ⁴ concluse che non vi è spazio nel diritto amministrativo per la nullità in senso civilistico, e che l'invalidità dei provvedimenti amministrativi ha la sua causa unicamente nella illegittimità, nella forma di uno dei tre vizi dell'art. 26 del TU, e ha come unica conseguenza, o modo di manifestarsi, la annullabilità.

La IV Sezione nel 1911 diceva infatti: "il sistema amministrativo non ammette la nullità d'ordine pubblico denunciabile in qualunque stato e grado della causa e rilevabile dallo stesso giudice di propria autorità", perché "le leggi di giustizia amministrativa esigono che il ricorso sia prodotto entro un dato termine e che nel ricorso si specifichino i motivi di gravame" e perchè altrimenti si giungerebbe alla "conseguenza esorbitante che la massima parte delle violazioni di norme amministrative, dettate appunto nel pubblico interesse, sarebbero in qualunque tempo denunciabili, mettendo così quasi nel nulla l'efficacia dei termini stabiliti per ricorrere".

Al centro dell'impostazione del Consiglio di Stato vi fu allora l'idea della garanzia dell'efficacia e della stabilità delle decisioni amministrative, e in ultima analisi l'esigenza della certezza.

Può venire la curiosità di verificare quale sia l'approccio che in altri ordinamenti si segue sul tema della nullità, per vedere se, allargando lo sguardo oltre i confini del nostro ordinamento, si riesca per ipotesi a riscontrare delle costanti, delle radici comuni, dei principi di fondo, che aiutino eventualmente nella riflessione sul nostro tema.

² "La théorie des nullités est l'une des plus obscures du droit civil": M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 11e éd., Paris, 1928, 328.

³ Fino all'AP n. 1 del 1992.

⁴ In *Giur. It.* 1912, III, 162.

2. La nullità nel diritto amministrativo tedesco.

Nel diritto amministrativo tedesco, la nullità degli atti amministrativi è disciplinata dal § 44 della legge generale sul procedimento amministrativo (la *Verwaltungsverfahrensgesetz* o *VwVfG*), il quale prevede nel primo comma una “clausola generale” di nullità, nel secondo un elenco positivo di casi di nullità, nel terzo un elenco (“negativo”) di casi nei quali la nullità è esclusa.

In particolare dunque si dispone che un atto amministrativo è, in generale, nullo, quando è affetto da un vizio (*Fehler*) particolarmente grave (*besonders schwerwiegenden*), il quale sia evidente (*offensichtlich*) sulla base di un ragionevole apprezzamento (*verständiger Würdigung*) di tutte le circostanze che vengono in questione.

Continua poi il secondo comma con l'individuazione di specifici casi nei quali la nullità si verifica anche indipendentemente dal riconoscimento specifico dei requisiti (gravità e riconoscibilità) di cui al primo comma: si dispone in particolare che, indipendentemente dal ricorrere dei presupposti del primo comma, è nullo l'atto che non consente di individuare l'autorità che lo ha emesso, quello che, in base ad una previsione normativa, possa essere adottato solo attraverso la notificazione personale di un documento e non soddisfa tale requisito di forma, quello che è stato adottato da una autorità fuori dell'ambito della sua competenza territoriale, quello che, per ragioni di fatto, risulta non eseguibile da alcuno, quello che impone il compimento di una azione contraria al diritto, che integri una fattispecie di reato o di contravvenzione.

Conclusivamente il § 44 prevede poi, al terzo comma, che non costituiscono di per sé causa di nullità né l'incompetenza territoriale, fuori dei casi di cui al comma precedente, né la partecipazione alla formazione dell'atto di un soggetto che aveva il dovere di astenersi, e neppure la mancata partecipazione alla formazione dell'atto di un organo collegiale o di una diversa autorità che dovevano contribuirvi con loro deliberazioni.

La dottrina⁵ ha messo in evidenza da un lato che le ipotesi di nullità si presentano in effetti come eccezionali o comunque assai rare; dall'altro ha

⁵ Kopp/Ramsauer, *VwVfG. Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 7. ed., Beck, 2000, 898 ss., che così definisce (p. 904) il requisito della “*Offenkundigkeit*”: “...daß die schwere

costruito una nozione che mette in evidenza l'elemento fondamentale e caratterizzante della nullità "generale" prevista dal primo Absatz del § 44: la "*Evidenztheorie*". In base a questa "teoria", alla quale si fa molto frequentemente richiamo, sia a fini didattici, sia nella pratica forense e giurisprudenziale, si sottolinea in sostanza che presupposto per potersi riconoscere un caso di nullità è che il difetto di cui soffre l'atto amministrativo sia non soltanto particolarmente grave, ma soprattutto riconoscibile, nelle circostanze date, sulla base dell'ordinario apprezzamento.

In termini più "popolari" si parla anche di una "*Stirntheorie*" (o "teoria della fronte"): nullo è da considerarsi l'atto quando il vizio di cui soffre gli sta "scritto in fronte", sì che non si possa fare a meno di notarlo, anche al primo sguardo. In una versione ancor più "terra-terra" si argomenta talvolta che la "*Stirntheorie*" debba il suo nome a ciò, che il vizio dell'atto, per dare luogo a nullità, deve essere talmente grossolano e talmente riconoscibile e vistoso che chiunque prenda in considerazione l'atto di cui si tratta non possa fare a meno di colpirla la fronte con la mano, esclamando: "Ma no! Ma come può essere?".

Queste ultime descrizioni sono forse efficaci, nella loro folkloristica e divertente espressività, ma forse sono anche un po' fuorvianti, facendo intendere che il vizio grave che inficia l'atto debba essere non solo evidente in base ad un ragionevole apprezzamento, come vuole la norma, ma addirittura riconoscibile in maniera lampante, manifesta e perfino clamorosa.

Sembra più ragionevole tenersi quindi alle formulazioni più sobrie e contenute, le quali si limitano a sottolineare che il vizio, l'errore di cui l'atto soffre, deve essere grave ed evidente, e a ricordare che, risultando tali circostanze relativamente rare, la clausola generale di nullità trova corrispondentemente una applicazione eccezionale: si ricorda dunque che la condizione alla quale dà luogo normalmente l'erronea applicazione del diritto o l'errore sui fatti è quella della impugnabilità (*Anfechtbarkeit*) ossia

Fehlerhaftigkeit des VA für einen unvoreingenommenen, mit der in Betracht kommenden Umständen vertrauten, verständiger Beobachter ohne weiteres ersichtlich sein muß, d.h. daß sie sich gerade zu aufdrängen muß"; Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG. Verwaltungsverfahrensgesetz*. 6. ed., Beck, 2001, 1492 ss.: sul requisito della evidenza vedi in particolare p. 1526.

dell'annullabilità, compatibile, fino all'eventuale annullamento, con la produzione degli effetti del provvedimento. Dell'atto nullo invece la legge tedesca sul procedimento dice espressamente (al § 43) che è inefficace: “*Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam*”.

La legge precisa poi chi e come può rilevare la nullità, prevedendo che l'autorità amministrativa possa dichiarare la nullità, in ogni tempo e d'ufficio (“*Die Behörde kann die Nichtigkeit jederzeit von Amts wegen feststellen*”), o su domanda di chi vi ha un giustificato (o legittimo, ma non nel senso in cui lo intendiamo noi) interesse (“*ein berechtigtes Interesse*”).

Si completa poi il quadro con la previsione (al § 43 della legge sul processo amministrativo, la *Verwaltungsgerichtsordnung* o *VwGO*) dello specifico rimedio processuale, affidato al giudice amministrativo, al quale con l'azione di accertamento (*Feststellungsklage*) si può appunto chiedere “l'accertamento dell'esistenza o della non esistenza di un rapporto giuridico, o della nullità di un atto amministrativo, qualora l'attore abbia un giustificato interesse ad un sollecito accertamento”.

E ancora, si disciplinano le conseguenze della nullità parziale: se la ragione di nullità colpisce solo una parte dell'atto, ne deriva la nullità dell'intero atto (solo) se la parte in questione è così importante che l'autorità non lo avrebbe adottato senza la parte nulla.

Dunque: una disciplina che appare completa, chiara e coerente, all'interno della quale spicca, come elemento costitutivo della nozione di nullità, fuori dei casi nei quali essa sia puntualmente e tassativamente prevista dalla legge, la evidenza del vizio, ossia il carattere riconoscibile, manifesto, palese, del difetto, grave, che inficia l'atto.

Si vedrà fra breve tuttavia come non manchino, pur di fronte a previsioni a prima vista così ben concepite, incertezze e discussioni.

3. *La nullità nel diritto amministrativo svizzero.*

Non diversa, pur se dovuta in sostanza alla elaborazione giurisprudenziale, è la nozione che della nullità degli atti amministrativi si predica nel diritto svizzero.

Si sostiene in quell'ordinamento, con formula che la giurisprudenza – e le pronunce dei molti organi amministrativi con funzioni giustiziali – ripetono ricavandola da enunciazioni dottrinali, che i provvedimenti amministrativi difettosi sono in genere impugnabili; e che solo in rari casi il carattere difettoso del provvedimento comporta la sua nullità: se vi sia o no nullità, lo si decide sulla base della “*Evidenztheorie*”. Secondo tale teoria dunque, si dà nullità quando ci si trovi di fronte ad un grave vizio giuridico (“*schwerwiegender Rechtsfehler*”), il quale deve essere evidente (o quantomeno, si aggiunge di solito, “*leicht erkennbar*”, ossia facilmente riconoscibile).

A tali affermazioni, del tutto sovrapponibili fin qui a quelle che la legge tedesca sul procedimento ha codificato, si aggiunge peraltro che una ulteriore condizione perché si possa ammettere di essere in presenza di un caso di nullità consiste in ciò, che non deve avvenire che il riconoscimento della nullità, e la conseguente radicale negazione dell'efficacia dell'atto in questione, possa condurre a mettere seriamente in pericolo la sicurezza giuridica (“*die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen*”). Si conclude quindi che il riconoscimento della nullità dipende in ultima analisi, nel caso concreto, dal confronto e dalla ponderazione fra l'interesse alla sicurezza giuridica e l'interesse alla corretta applicazione del diritto.⁶

Come cause di nullità dell'atto si ricordano gravi vizi di competenza, gravi difetti di procedimento o di forma, o gravi mancanze quanto al contenuto. Più in particolare è spesso menzionata come ragione di nullità della decisione amministrativa la circostanza che l'autorità abbia agito in un ambito nel quale le fa difetto non solo la specifica attribuzione esercitata, ma più radicalmente il potere generale di decisione.

Va osservato peraltro che, nelle pronunce di giudici elvetici (e di autorità che agiscono nell'esercizio di poteri giustiziali o di autotutela) che si sono passate in rassegna, la nullità è abbastanza frequentemente evocata, ma quasi sempre per concludere che, nel caso concreto, non se ne ravvisano gli estremi.

⁶ Cfr. sul punto P. Tschannen e U. Zimmerli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. ed., Bern 2005, § 31 n. 16 ss.; U. Häfelin e G. Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. ed., Zürich 2002, 955 ss.

Pare in verità che i soli casi nei quali l'autorità adita accoglie il rilievo di nullità dell'atto di cui è questione siano quelli nei quali la nullità è espressamente prevista dalla legge come conseguenza della violazione di specifiche previsioni: ad es. il caso di cui all'art. 14 della legge sul personale federale (*LPers* del 24 marzo 2000) che qualifica come nulla la disdetta del rapporto di lavoro ove adottata in violazione delle prescrizioni di cui allo stesso articolo⁷.

In sostanza però, fuori di questo e di altri pochissimi casi, di solito si parla di nullità solo per concludere che, nel caso concreto, questa non c'è. Tuttavia, se pure l'autorità decidente finisce per non riconoscerla, è certo che la frequente menzione dell'ipotesi di nullità significa che il ricorrente l'ha eccepita o che comunque se ne è posta la questione. E' verosimile, come alcune pronunce non mancano di ipotizzare, che si tratti in molti casi di una sommaria e imprecisa lamentela con la quale ci si voglia genericamente riferire anche solo alla invalidità dell'atto: "*wobei mit dem Wort «nichtig» allenfalls auch schlicht die Ungültigkeit gemeint sein könnte*"⁸.

Quanto poi al regime dell'atto nullo, si ricorda che gli atti radicalmente nulli, gli atti designati tali dalla legge, così come gli atti "inefficaci perché non soddisfano le esigenze legali", sono radicalmente privi di effetti ("*sont*

⁷ Va però rilevato che il peculiare meccanismo introdotto dalla disposizione in questione non rende del tutto certo che si tratti di una nullità nel senso pieno del termine: si consideri infatti che la disposizione citata prevede che l'impiegato licenziato faccia valere "presso il datore di lavoro per scritto e in modo plausibile che la disdetta è nulla", e che solo "se entro 30 giorni dalla ricezione della lettera con cui l'impiegato fa valere la nullità della disdetta, il datore di lavoro non chiede all'autorità di ricorso di confermare la validità della disdetta", quest'ultima "è nulla" (ossia, si direbbe, perde i suoi effetti), con la conseguenza che "l'impiegato ritrova il suo precedente lavoro oppure, se ciò non è possibile, un altro lavoro ragionevolmente esigibile".

Si tratta insomma, a quanto pare, di una situazione nella quale l'iniziativa del dipendente, che assume violata una regola posta a pena di nullità, produce una sorta di inversione del quadro normale, in virtù della quale tocca all'autorità federale autrice del licenziamento contestato chiedere l'attestazione della legittimità del suo atto, mentre la nullità denunciata resta confermata e l'atto rimane privo di conseguenze solo se l'autorità rimane inerte (o se l'autorità superiore cui si è rivolta non le dà sostegno, confermando la validità della decisione presa). La legge federale in questione dispone del resto che l'impiegato "ritrova" il suo lavoro o altro ragionevolmente esigibile, dal che si ricava che nel frattempo il lavoro era stato "perduto", evidentemente per via dell'efficacia nel frattempo spiegata dall'atto.

⁸ Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen del 29. März 2005 [BRK 2004-018].

d'emblée dénués d'effet). L'atto nullo si ha, fin dal suo rilascio, e senza necessità di provvedimento di rimozione, come non fatto e non vincolante giuridicamente, e quindi da considerare privo di effetto (*"...vom Erlass und ohne amtliche Aufhebung als nicht vorhanden, als rechtlich unverbindlich und somit wirkungslos zu betrachten"*).

L'inefficacia e la nullità devono essere dichiarate d'ufficio da ogni autorità, amministrativa o giurisdizionale, e possono comunque essere rilevate da chiunque e senza termine, anche nel corso dell'eventuale procedimento di esecuzione forzata; del resto nessuno può essere punito per non aver rispettato un provvedimento nullo.

4. *La nullità nel diritto amministrativo austriaco.*

Nel diritto amministrativo austriaco, la presenza di una nozione normativa di nullità, contenuta nel § 68 della legge generale sul procedimento amministrativo (la *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz - AVG* - del 1991) sembrerebbe semplificare il compito dell'interprete. La disposizione, inserita nel capo dedicato alla modifica e al ritiro d'ufficio delle decisioni amministrative, prevede che le superiori autorità nell'esercizio del potere di sorveglianza possano d'ufficio dichiarare nulla la decisione che sia stata rilasciata da una autorità incompetente o da un collegio non correttamente costituito, la decisione che condurrebbe a conseguenze contrarie alla legge penale, la decisione che sia in fatto non eseguibile, o infine la decisione affetta da un vizio espressamente sanzionato di nullità da una previsione normativa⁹

La riflessione giurisprudenziale e dottrinale sul concetto di nullità aggiunge poi, a queste indicazioni normative, altre ipotesi nelle quali riconosce nullo il provvedimento. Sul presupposto che ogni "norma

⁹ § 68, 4: *Außerdem können Bescheide von Amts wegen in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde als nichtig erklärt werden, wenn der Bescheid*

1. *von einer unzuständigen Behörde oder von einer nicht richtig zusammengesetzten Kollegialbehörde erlassen wurde,*

2. *einen strafgesetzwidrigen Erfolg herbeiführen würde,*

3. *tatsächlich undurchführbar ist oder*

4. *an einem durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler leidet.*

individuale di comportamento” deve essere diretta ad una, o a più, persone determinate, ritiene che la mancanza o la indeterminatezza del destinatario della decisione comporti nullità¹⁰.

Peraltro si può rilevare spesso qualche incertezza: si individua talvolta una condizione di “nullità assoluta”, da ricollegare all’assenza di uno degli elementi costitutivi essenziali del “*Bescheid*”: sono ritenute causa di nullità assoluta la mancanza del dispositivo, che è elemento costitutivo della decisione, o la sua assoluta indeterminatezza¹¹ come pure la non identificabilità dell’autorità o la mancanza della sottoscrizione, e anche la stesura della decisione in lingua diversa da quella tedesca, in violazione dell’art. 8 della Costituzione austriaca (*Bundes-Verfassungsgesetz* o *B-VG*).

Dalla circostanza che la Costituzione utilizzi (all’art. 131 e 144) il concetto di “*Bescheid*” dell’autorità amministrativa per garantirne l’impugnabilità, rispettivamente al *Verwaltungsgerichtshof* per contrarietà al diritto (“*Rechtswidrigkeit*”), e al tribunale costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) per violazione, da parte della decisione amministrativa, di diritti costituzionalmente garantiti o per applicazione, sempre da parte della decisione amministrativa, di norme contrarie alla Costituzione, sembra talvolta volersi dedurre una particolare rilevanza, addirittura costituzionale, del concetto stesso. La previsione costituzionale e il regime di impugnabilità che essa dispone per il *Bescheid* illegittimo o lesivo di diritti costituzionali non trovano però applicazione – si argomenta – quando manchi taluno degli elementi costitutivi essenziali della decisione amministrativa, e ci si trovi di fronte quindi ad un atto radicalmente nullo (ma si direbbe addirittura inesistente in quanto tale) e quindi del tutto privo di effetti.

In questo quadro si precisa poi che i caratteri costitutivi di una “decisione amministrativa”, nel senso in cui la Costituzione usa il concetto, sono l’autorità amministrativa autrice, il destinatario individuale della decisione, e il dispositivo della decisione, ossia la volontà, l’ordine che essa contiene: la mancanza di uno di tali elementi comporta senz’altro l’assoluta

¹⁰ VwGH 24. 3. 1992, 88/07/0072; 21. 6. 1994, 94/07/0064; 6. 4. 1994, 91/13/0234.

¹¹ “*Enthält ein Verwaltungsakt keinen Spruch, so fehlt ihm der Normcharakter und damit die Rechtsqualität eines Bescheids als Norm; das Fehlen des Spruchs bewirkt somit absolute Nichtigkeit*” (cfr. VwSlgNF 2291 A Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofs, Amtliche Sammlung, administrativrechtlicher Teil).

nullità; la mancanza invece di altri elementi, pur richiesti dalla legge, come la motivazione del provvedimento, rende questo illegittimo nel contenuto, e non assolutamente nullo.

Si individua quindi in sostanza, a quanto pare, una più grave nozione di “nullità assoluta” per carenza di elementi essenziali, che si può interpretare come una nullità-inesistenza, e che si affianca alla nozione normativa di nullità, la quale ne risulta quindi ridimensionata ad una sorta di annullabilità. Ne deriva una qualche sovrapposizione fra il concetto di nullità e quello di annullabilità: sintomatica in questo senso è una pronuncia del Tribunale amministrativo nella quale, riconosciuto che nel caso della dichiarazione di nullità di un permesso di costruire si tratta di una “nullità” (*Nichtigkeit*) nel senso del § 68, 4 della legge generale sul procedimento (*AVG*), si conclude che questa rende possibile una successiva annullabilità della decisione che ne è affetta, cosicché la decisione colpita da un siffatto difetto di nullità produce illimitata efficacia giuridica fino a che essa, con successiva decisione, non sia stata dichiarata nulla ¹².

5. *Alla ricerca di un modello da imitare?*

Una volta compiuta, con tutta la inevitabile superficialità del caso, una “escursione” nei vicini ordinamenti di cui si è detto, una prima tentazione alla quale è difficile resistere è quella di chiedersi se le soluzioni seguite altrove siano, o no, preferibili e per qualche verso migliori di quella che da noi risulta dal nuovo art. 21-*septies*. In questa prospettiva si potrebbe pensare che la soluzione data al tema della nullità degli atti amministrativi dal diritto tedesco sia fra tutte la più chiara e univoca. O almeno, che il legislatore tedesco sia quello che ha preso più sul serio il suo compito e si è preoccupato non solo di dare una definizione concettualmente rigorosa al

¹² VwGH Erkenntnis 99/06/0185, del 29.3.2001, pubblicata il 23.1.2002 : “Bei der Nichtigerklärung eines Baubewilligungsbescheides handelt es sich, wie dies in § 32 Abs. 3 Stmk ROG 1974 noch bezogen auf das AVG 1950 auch ausdrücklich klargestellt ist, um eine Nichtigkeit im Sinne nunmehr des § 68 Abs. 4 Z. 4 AVG 1991, die eine nachträgliche Vernichtbarkeit des betroffenen Bescheides ermöglicht, sodass einem mit einem solchen Nichtigkeitsmangel behafteten Bescheid uneingeschränkte Rechtskraftwirkung solange zukommt, als er nicht mit Bescheid als nichtig erklärt worden ist” .

punto, ma anche di predisporre espressamente quello specifico strumento processuale, l'azione di accertamento, del quale da noi si lamenta la mancanza, oltre che di precisare che la nullità può essere dichiarata dalle stesse autorità amministrative.

A un esame più approfondito però, anche nella disciplina della legge tedesca vengono in evidenza profili di incertezza. Rimangono innanzitutto relativamente indeterminati i caratteri che deve presentare il vizio per potersi considerare di “particolare gravità” nel senso del § 44, I, *VwVfG*.

Si è ritenuto che la formula richieda qualcosa di più della semplice contrarietà, sia pure evidente, a norme giuridiche, per rinviare invece a un atto così difettoso da non poter essere “in nessun modo compatibile con l'ordinamento giuridico”¹³. Si ragiona in proposito di vizi che devono presentarsi come confliggenti con i pilastri giuridici del sistema, o che eccedono i confini di accettabilità fissati dalla Costituzione. La valutazione della “gravità” dovrebbe così riferirsi più che a dati propriamente giuridici in senso formale, alla contrarietà o incompatibilità con valori dell'ordinamento che la coscienza sociale, e il sistema costituzionale, considera fondamentali.

Un ulteriore punto di relativa incertezza riguarda la “evidenza” che il vizio, o, se si vuole, che la gravità del vizio, tale da essere incompatibile con l'efficacia dell'atto, deve presentare. Pur nel tradizionale e incontestato omaggio alla “*Evidenztheorie*” non vi è concordia fra gli autori circa il modo di definire tale “evidenza”: mentre era in passato corrente¹⁴ l'opinione che la “evidenza” del vizio dovesse essere tale per un osservatore qualificato, discutendosi poi se si dovesse trattare di un osservatore *particolarmente* qualificato (con implicito riferimento alle capacità e alle conoscenze dei professionisti dell'amministrazione), o se si potesse riferirsi ad una qualificazione “media” (quella della persona di buona cultura giuridica, pur se non specificamente esperta del diritto amministrativo), negli ultimi decenni pare che questa indicazione si sia, per così dire, democratizzata, con il riferimento ormai prevalente alle capacità di rilevazione del difetto che sia

¹³ Di atto amministrativo viziato che sia “*mit der Rechtsordnung unter keinen Umständen vereinbar*” parla la decisione del BVerwG riportata in BayVBl 1985, 410, 411.

¹⁴ A partire dalla posizione di quello che viene indicato come il suo inventore: J. Hatschek, *Institutionen des deutschen und preussischen Verwaltungsrecht*, Leipzig u. Erlangen, 1919.

lecito aspettarsi dal cittadino medio, indipendentemente dalla presunzione di particolari conoscenze giuridiche.

La dottrina cerca poi di ricavare dalla pratica giurisprudenziale indicazioni di casi nei quali si riconosce di solito la presenza degli elementi della nullità: si ricordano ad esempio l'indeterminatezza del contenuto del provvedimento, la sua incomprendibilità, la sua contraddittorietà, la giuridica, o pratica, impossibilità dei comportamenti prescritti o consentiti dal provvedimento, la assoluta incompetenza per materia dell'autorità. Si ripetono poi, come anche avviene da noi, i casi esemplificativi dell'atto di imposizione fiscale emesso dalla amministrazione forestale anziché da quella finanziaria, del permesso all'apertura di una casa da gioco rilasciata dal Comune anziché dal *Land*, per sottolineare che i provvedimenti emessi da autorità assolutamente incompetente sulla materia (che la giurisprudenza designa come casi di *absolute sachliche Unzuständigkeit*) sono da ritenersi, quasi senza eccezione, affetti da vizi gravi ed evidenti e quindi nulli.

Nonostante la relativa indeterminatezza, di cui anche la *Generalklausel* soffre, non ci si può nascondere che la soluzione tedesca, che collega la nullità a vizi gravi ed evidenti dell'atto, pare, sul piano concettuale, più esatta di quella fatta propria dal nostro art. 21-*septies*. Quest'ultimo adotta infatti come clausola generale di nullità il riferimento alla mancanza degli elementi essenziali. Sembra però di dover notare¹⁵ che la mancanza, materiale o anche solo giuridica, di uno o più degli elementi costitutivi di una fattispecie di atto giuridico, essenziali in quanto attinenti all'essenza di essa, e quindi indispensabili appunto perché questa possa considerarsi venuta in essere, comporta a rigore l'inesistenza dell'atto, e non la qualificazione di invalidità, sia pure grave, di un atto esistente.

Per altri versi ancora la disciplina tedesca della nullità è stata soggetta a discussioni. Ci si è chiesti ad esempio quale sia il rapporto fra i casi del secondo comma e la "clausola generale" del primo: si ritiene da alcuni che i casi elencati nel secondo comma rappresentino fattispecie tipiche nelle quali i requisiti della gravità del vizio e della sua riconoscibilità si presentano normalmente, e anzi, "tipicamente", con le caratteristiche e il grado richiesti

¹⁵ Come è stato ben sottolineato: L. Mazzaroli, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, cit. 548 ss.

dalla previsione generale del primo comma: in questo senso quindi l'indicazione del secondo comma sarebbe in sostanza una sorta di esemplificazione, di tipizzazione di casi di per sé già in astratto riconducibili alla nullità generale del primo comma, rispetto ai quali il legislatore si limita a facilitare il compito dell'interprete, esonerandolo da una specifica motivazione sull'esistenza dei presupposti ricordati. In altre letture si conclude invece trattarsi di casi nei quali si prescinde del tutto, anche nella sostanza, dai due requisiti ricordati, nei quali dunque la nullità si dà in ogni caso per diretta volontà del legislatore, senza alcun possibile riferimento ai requisiti "generali" della nullità, e senza alcun possibile margine di valutazione.

Anche quanto al regime dell'atto nullo, non manca di presentarsi, nella dottrina tedesca, qualche punto di insicurezza.

La possibile incertezza sull'esistenza, nel caso concreto, dei requisiti della nullità "generale", o, anche, il dubbio sulla riconducibilità della fattispecie concreta ad uno dei casi di nullità "speciale" del secondo comma, espongono alla possibilità che il giudice al quale ci si rivolge, ritenendo invece trattarsi di un caso di semplice impugnabilità, concluda per l'inammissibilità dell'azione, eventualmente proposta, come azione di accertamento, fuori dei termini di decadenza dell'azione di impugnazione.

Nel dubbio, l'indicazione che dalla dottrina viene talvolta rivolta ai pratici è di impugnare comunque il provvedimento chiedendone l'annullamento, "salvando" così comunque il termine, ma senza con ciò compromettere la possibilità (che la giurisprudenza ammette) di convertire poi l'azione costitutiva proposta in quella di accertamento della nullità.

Ulteriore problema sta in ciò, che la previsione normativa che dispone la radicale inefficacia dell'atto nullo (*"Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam"*) non toglie che, nel concreto, possa darsi il caso che una autorità amministrativa pretenda di dare esecuzione all'atto.

Poiché all'azione di accertamento della nullità non è connesso l'automatico effetto sospensivo dell'efficacia del provvedimento che invece il § 80 della *VwGO* collega alla impugnazione dei provvedimenti, può darsi il caso che l'amministrazione pretenda di eseguire comunque il provvedimento, in ipotesi nullo, e lo faccia fino alla sentenza che appunto accerta la nullità. A rimedio di tale possibile situazione si ammette talvolta

(ma – sembrerebbe – contro i principi) la possibilità di fare oggetto dell'azione di impugnazione anche l'atto nullo¹⁶.

Se le esigenze della pratica sono così in qualche modo fatte salve, ne risulta però una situazione, quanto ai rimedi da esperire e al complessivo regime dell'atto, assai meno nitida di quanto le astratte previsioni normative possano far pensare.

6. La nullità fra evidenza del vizio ed esigenze della effettività e della certezza.

Come si vede la gamma dei problemi e delle difficoltà che l'utilizzo del concetto di nullità comporta è dovunque piuttosto nutrita.

A ben vedere però la lezione che si può sperare di trarre dalla comparazione con altri ordinamenti non è tanto il suggerimento di specifiche soluzioni da imitare, quanto l'aiuto, che ne può venire, nel cogliere, collocandosi in una prospettiva più ampia, profili problematici e nuovi spunti di riflessione sulle categorie e sulle soluzioni di solito seguite.

Nella disciplina disposta per la nullità dal diritto tedesco (non meno che da quello svizzero) colpisce il rilievo dato al criterio della evidenza del vizio. Si è visto come si parli addirittura di una specifica "*Evidenztheorie*".

Un secondo punto che suscita riflessione è l'accenno, frequente in particolare nella giurisprudenza svizzera sul tema, all'esigenza che sia salvaguardata la sicurezza giuridica, la quale deve essere tenuta presente, fino a negare la possibilità di riconoscere la nullità quando ciò metta seriamente in pericolo appunto la sicurezza giuridica. Un terzo punto sul quale si può riflettere è la previsione tedesca della nullità dell'atto che non risulti eseguibile.

Non sembra dubbia la connessione fra i primi due concetti: evidenza, riconoscibilità del grave difetto dell'atto, e certezza, sicurezza, garanzia degli affidamenti che sull'apparenza dell'esercizio del potere possano essersi formati.

¹⁶ R. Schmidt, *Verwaltungsprozessrecht*, R. Schmidt Verlag, 2003, 111 ss.

Vi si può riconoscere un rinvio al grande tema dell'apparenza giuridica, concetto ricorrendo al quale si può osare di proporre una qualche (modesta e provvisoria) proposta di razionalizzazione del difficile tema della nullità degli atti amministrativi.

Al fondo c'è una esigenza ineludibile: se l'atto amministrativo è lo strumento principale della concreta azione pubblica, se esso è, tanto per non mascherare la sostanza, la manifestazione del potere di comando e di controllo su di una società, è essenziale che sia efficace, che raggiunga i suoi scopi, e in sostanza che sia obbedito. Le esigenze della effettività del potere pubblico, fino a che si vuole che un potere pubblico vi sia, sono evidentemente incompatibili con un regime di inefficacia radicale degli atti, tale da autorizzare la disobbedienza al provvedimento, la piena irrilevanza di questo.

Il regime della nullità, per essere compatibile, o anche solo pensabile con riferimento agli atti del potere pubblico, non può configurarsi quindi altrimenti che ammettendo che l'atto sia comunque per l'istante efficace, se può e riesce ad esserlo, fino a che la nullità non viene dichiarata o accertata. Sotto questo aspetto (efficacia fino a contraria dichiarazione) il regime della nullità non può ragionevolmente differire da quello della annullabilità.

Sotto altro aspetto le esigenze di certezza, di sicurezza giuridica, l'esigenza dell'amministrazione di poter contare sulla stabilità e sulla durata degli assetti giuridici e fattuali creati dalle sue decisioni, e l'esigenza degli amministrati di poter contare sulla permanenza dell'assetto che li avvantaggia, o comunque di poter considerare le decisioni dell'amministrazione come un credibile fondamento delle proprie scelte, contrastano in maniera evidente con il regime della nullità intesa come possibilità all'infinito, senza termine, di chiedere e di ottenere, con la dichiarazione di nullità, la demolizione dell'assetto di interessi e di rapporti costituito dall'atto nullo.

Allo stesso modo contrasta con le esigenze di certezza e di stabilità l'ammettere che la azione per la dichiarazione della nullità possa essere consentita a chiunque, o meglio a chiunque vi abbia un interesse sufficiente a giustificare il suo accesso alla giurisdizione.

Se così si ragiona, sembrerebbe di non poter individuare uno spazio apprezzabile per la nullità come autonoma condizione di invalidità dell'atto

amministrativo, e di dover invece fare omaggio alla saggezza e alla lucidità a suo tempo (nel 1911) dimostrate dal Consiglio di Stato quando dichiarò l'annullabilità l'unica forma possibile di invalidità degli atti amministrativi, rifiutando la ricezione, nel diritto amministrativo, della nullità "civilistica".

Questa conclusione consente tuttavia, senza contraddire le premesse da cui parte, di individuare dei casi nei quali è concepibile e anzi opportuna, se non necessaria, una disciplina della nullità, come condizione di radicale irrilevanza dell'atto amministrativo.

Si tratta di casi nei quali l'atto sia riconoscibilmente, visibilmente, evidentemente difettoso, e difettoso in maniera grave, tanto che nessuno, con ordinarie capacità di comprensione, possa aver contato sulla sua efficacia, né l'amministrazione possa aver seriamente pensato di potersene servire per i suoi scopi.

Quando l'amministrazione e i cittadini non possano far altro che convenire che l'atto non è da prendersi sul serio, che è manifestamente inaccettabile e sbagliato, non vi è alcun affidamento, alcuna sicurezza giuridica da tutelare, e non vi è alcuna ragione di non riconoscere, in questi casi, la piena e radicale inettitudine dell'atto a creare posizioni giuridiche, vincoli, aspettative.

Le ragioni della chiarezza e della certezza giuridica imporranno poi l'esigenza che tale condizione sia comunque – a scanso di equivoci in cui qualcuno, meno avvertito o in malafede, possa cadere – al più presto dichiarata, dalla stessa amministrazione, possibilmente, e in ogni caso, su richiesta di chi abbia interesse alla definitiva chiarezza della situazione o anche d'ufficio se ne viene l'occasione, dal giudice.

Le stesse ragioni di certezza conducono del resto, nell'esempio tedesco, per questo verso assai suggestivo, a considerare come nullo l'atto che, poiché prevede o impone una azione *in rerum natura* o giuridicamente impossibile, si presenta di per sé non eseguibile e quindi inefficace, ad efficacia impossibile. E può essere significativo dal punto di vista teorico notare come vi sia in questo caso una inversione della logica dell'invalidità: l'atto non è inefficace perché difettoso, ma è nullo perché inefficace, in

quanto praticamente inefficace¹⁷. La qualificazione di nullo ha qui lo scopo di consentire di sgombrare il campo da un inutile simulacro, la cui vuota presenza può essere, per l'amministrazione, solo ragione di perdita di credibilità¹⁸.

Come ulteriore, più limitata, specificazione si possono poi individuare – all'interno di questa serie di casi, nei quali il difetto, socialmente percepibile nella sua gravità e irrimediabilità, comporta la irrilevanza dell'atto – delle ipotesi nelle quali il difetto sia così radicale da costringere a considerare il presunto atto addirittura inesistente.

La mancanza degli elementi essenziali, che il nostro legislatore indica nell'art. 21-*septies* come generale causa di nullità, dovrebbe per vero concettualmente riportarsi all'ipotesi dell'inesistenza della fattispecie, non integrata, non presente, quando manchi uno degli elementi che, essenzialmente, la costituiscono, mentre il vizio grave e riconoscibile dell'atto dovrebbe presupporre che un atto, qualificabile come tale, vi sia. Il legislatore italiano ha fatto dunque una scelta più restrittiva del suo collega tedesco, indicando come causa di nullità solo quelli, fra i vizi gravi, che consistano nel difetto strutturale della fattispecie di atto, nella mancanza di uno degli elementi costitutivi di essa.

Se la individuazione di quali siano gli elementi essenziali del provvedimento è lasciata dal legislatore a chi dovrà fare applicazione della norma, non vi è dubbio però che in ogni caso la mancanza di un elemento essenziale, alla quale si può assimilare la carenza di attribuzione, è un difetto che non può passare inosservato, al quale insomma deve riconoscersi *a priori*, nella generalità dei casi, la qualità dell'evidenza, della riconoscibilità.

Si potrebbe dire a rigore che qui non si tratta della disciplina della nullità di atti amministrativi, i quali, se vi sono i difetti strutturali indicati, se mancano degli elementi essenziali, non si possono dire esistenti, ma

¹⁷ Sotto altro aspetto la qualificazione di “inefficace” dell'atto che non può materialmente trovare esecuzione riporta ad una nozione più “materiale” e “finale” di efficacia dell'atto, che, facendo tutt'uno con l'esecuzione, non consiste nel creare una astratta situazione giuridica, ma nel produrre le modificazioni della realtà che l'amministrazione vuole realizzare.

¹⁸ Con ciò si preserva anche il rilievo e il senso della nozione stessa di provvedimento amministrativo: una decisione dell'amministrazione che non può tradursi nella realtà non merita di essere considerata tale, è nulla.

piuttosto della disciplina della situazione in cui c'è un simulacro, una parvenza di atto, e che la lett. a) del primo comma dell'art. 21-*septies* dà la regola per riportare certezza e sgombrare il campo da un qualcosa che potrebbe erroneamente essere creduto un atto esercizio di potere, e che invece non lo è.

Mi pare dunque, in conclusione, che la nullità, come categoria generale, debba rimanere caratterizzata, per rispetto alla fondamentale esigenza di certezza, di sicurezza giuridica, dal carattere della evidenza del difetto, della riconoscibilità della sua gravità.

Tutto ciò pur senza voler arrivare ad una sistematizzazione del criterio dell'apparenza, come condizione e come limite alla nullità, per cui si debba dire che è nullo l'atto che appare manifestamente difettoso, mentre non è nullo, e quindi efficace se pur eventualmente annullabile, l'atto che può apparire, all'osservatore medio, regolare.

Se si può individuare l'apparenza come condizione della nullità (e riconoscere alla esplicita elaborazione degli ordinamenti tedesco e svizzero un carattere "dichiarativo" di una strutturale e universale esigenza), è però possibile anche leggere la cosa in senso rovescio, e vedere l'apparenza come condizione della efficacia: una delle condizioni di efficacia dell'atto amministrativo sarebbe, sotto questo aspetto, che esso non appaia evidentemente e gravemente monco, (tanto da doversi considerare non esistente in quanto tale) o così gravemente e chiaramente viziato da non meritare all'evidenza il riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'efficacia che pretende di avere.

Una tale caratterizzazione della nullità non è smentita dalla previsione dei casi, o meglio dal rinvio ai casi di nullità indicati espressamente come tali dal legislatore (e su questo punto la legge italiana e quella tedesca non differiscono). In effetti le previsioni di nullità dettate espressamente dal legislatore come conseguenza della violazione di specifiche prescrizioni (il rapporto di pubblico impiego costituito senza il concorso....) hanno tutt'altra logica e scopo, tanto da riportarsi ad una diversa categoria di nullità.

Qui siamo di fronte a situazioni nelle quali non vi è l'evidenza del vizio o del difetto strutturale della fattispecie, né è presupposta la riconoscibile inidoneità della fattispecie a produrre effetti.

7. *La nullità-evidenza e la nullità-sanzione.*

Mi pare dunque che si debba riconoscere che vi sono due categorie di casi di nullità, nella nostra legge e in quella tedesca.

Da un lato, la previsione generale (tedesca) del vizio grave e riconoscibile (la nullità generale), ovvero la esplicitazione (italiana), sotto la qualifica di nullità, dei casi di deficit strutturale della fattispecie (nullità strutturale, o nullità-inesistenza), anch'essa in linea di principio caratterizzata dalla riconoscibilità del difetto e riportabile quindi ad una generale categoria di nullità derivante dall'evidenza di un vizio grave, o *nullità-evidenza*.

Dall'altro i casi di *nullità-sanzione*, voluta dal legislatore come risultato di un giudizio di particolare disvalore di specifici difetti o modi di essere di una certa fattispecie. Qui l'atto è ben esistente, completo nei suoi elementi essenziali, e ben intenzionato, si direbbe, a produrre i suoi effetti. Né vi è, nella prospettiva tedesca, la necessità di chiedersi se il vizio sia da qualificare come particolarmente grave (dato che il legislatore stesso compie per tutti questa valutazione), né di apprezzarne la riconoscibilità.

E' il legislatore che non vuole che né l'autore né il beneficiario dell'atto possano veder realizzarsi e consolidarsi a loro vantaggio una situazione prodotta con violazione di una regola al cui rispetto il legislatore tiene particolarmente. E quindi, qualificando l'atto come nullo, vieta da un lato che esso possa produrre effetti, e comunque, dall'altro, lo sottopone ad un regime di invalidità più grave (quanto al termine per eccepirla e alla rilevabilità d'ufficio) di quello normale dell'annullabilità, di modo che, anche nell'ipotesi che all'atto pur formalmente inefficace conseguano comportamenti e ulteriori atti che vogliano di quello essere esecuzione, tali conseguenze dell'atto non possano mai consolidarsi per il decorso del termine di impugnazione o per la assenza di interessati a proporla.

In questa ipotesi di nullità come sanzione, come regime aggravato di invalidità di provvedimenti viziati da violazioni che il legislatore vuole

caratterizzare come particolarmente gravi, e come negazione, all'amministrazione disinvolta e disobbediente, del regime di privilegio che di solito si dà ai suoi atti, mi pare debba rientrare anche il caso dell'atto adottato in violazione o elusione di giudicato, a proposito del quale pare forzata la riconduzione all'ipotesi della decisione in carenza del potere (in cui incorrerebbe l'amministrazione, in quanto priva del potere di decidere diversamente da come il giudicato le impone), trattandosi piuttosto della violazione del dovere di esercitare il potere secondo la disciplina del caso data dal giudicato.

A ben vedere anche in questi casi il tema della certezza delle situazioni giuridiche, dell'affidamento dei cittadini sugli atti dell'amministrazione viene in questione, anche se gioca nel senso rovescio a quello visto prima. Nei casi di nullità-sanzione il legislatore, per scoraggiare certe specifiche violazioni delle regole, non solo accetta il rischio di creare incertezza, contraddizione fra la apparente idoneità del provvedimento ad una normale efficacia e la sua qualificazione come nullo, ma anzi – si direbbe – vuole proprio creare l'incertezza, cioè fare in modo che l'autore e il beneficiario ad es. dell'assunzione senza concorso sappiano di non poter contare sulla permanenza del rapporto così illegittimamente costituito.

Nell'esempio delle assunzioni senza concorso, si vuole infatti che il vizio sia rilevabile dal giudice in tutte le occasioni in cui gli possa venire dinnanzi, anche senza richiesta specifica di qualcuno, e anzi contro l'interesse e la volontà di quelli che gli portano la questione: in ipotesi quando l'impiegato illegittimamente assunto chieda il riconoscimento del rapporto a tempo indeterminato, o rivendichi la promozione o l'arretrato.

Il legislatore vuole insomma, con il qualificare di “nullo” il provvedimento, impedire il costituirsi di affidamenti su un atto affetto da un vizio che considera particolarmente odioso.

Anche per questo aspetto quindi, nella prospettiva e con conclusioni rovesciate, si conferma il collegamento necessario fra il concetto e il regime della nullità e le esigenze della certezza giuridica: la nullità dei provvedimenti amministrativi è compatibile con il sistema solo in quanto non contrasti con l'affidamento che i cittadini possono fare sugli atti dell'autorità, e quindi nei casi in cui l'apparenza stessa, l'evidenza del provvedimento e della sua condizione gravemente difettosa impedisca il sorgere di un affidamento

sulla sua efficacia, oppure quando si voglia, per scelta del legislatore, negare a certi atti l'attitudine a creare qualsivoglia affidamento.