

Cendon / Book

Collana diretta da Dario Triolo

CENACOLO GIURIDICO: CASI E LEZIONI

31

L'INVALIDITA' DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Dario Primo Triolo

L'autore

Dario Primo Triolo è avvocato ed esercita presso il foro di Catania, Dottore di Ricerca in diritto amministrativo ha approfondito i suoi studi presso la scuola Galli di Roma.

Insegna presso la scuola di preparazione all'esame di avvocato Il cenacolo di studi giuridici etneo.

L'Opera

Il sistema dell'invalidità così come è stato delineato a seguito della riforma del 2005 e del processo amministrativo risulta ancora incerto e foriero di problemi. Il volume ripercorre la storia dell'invalidità e le ragioni delle attuali classificazioni, evidenziando le criticità e le giustificazioni fornite nel tempo ad un sistema che imponeva che il provvedimento amministrativo fosse sempre autoritativo, esecutivo ed efficace. Viene data ampia attenzione alle pronunce giurisprudenziali e agli apporti della dottrina. Uno strumento indispensabile ed aggiornato per la preparazione all'esame di avvocato e ai concorsi superiori.

Capitolo Primo

L'INVALIDITA' IN GENERE

1. Caratteri generali: i diversi vizi dell'atto amministrativo – 1.1. Nullità e inesistenza – 1.2. Nullità, inesistenza e annullabilità

Capitolo secondo

LA STORIA DELLA NULLITA'

2. Le origini della nullità dell'atto amministrativo – 2.1. La nullità nella giurisprudenza: la carenza di potere – 2.2. segue: la carenza di potere in concreto – 2.3. Dalle teorie di Giannini e Sandulli ai giorni nostri

Capitolo Terzo

LA NULLITA' OGGI

3. La nullità dell'atto amministrativo a seguito della riforma del 2005 – 3.1. Le diverse ipotesi di nullità - 3.2. segue: il difetto assoluto di attribuzione – 3.3. segue: la carenza di potere in concreto – 3.4. segue: la mancanza di elementi essenziali – 3.5. segue: la volontà – 3.6. segue: la forma – 3.7. segue: la causa – 3.8. segue: il soggetto – 3.9. segue: l'oggetto – 3.10. segue: violazione e elusione del giudicato – 3.11. I casi dubbi: l'atto in contrasto con il diritto comunitario – 3.12. segue: le altre ipotesi

Capitolo Quarto

IL REGIME PROCESSUALE DELL'ATTO Nullo

4. Premesse – 4.1. Il riparto di giurisdizione – 4.2. La sentenza di nullità – 4.3. Le regole processuali – 4.4. Il regime processuale in caso di violazione o elusione del giudicato

Capitolo Quinto

L'ANNULLABILITA'

5. Caratteri generali: i diversi vizi dell'atto amministrativo – 5.1. L'incompetenza - 5.2. L'eccesso di potere – 5.3. La violazione di legge – 5.4. Il secondo comma dell'art. 21 octies – 5.5. segue: la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento – 5.6. La portata dell'art. 21 octies – 5.7. L'invalidità derivata

Capitolo Primo

L'INVALIDITA' IN GENERE

SOMMARIO 1. Caratteri generali: i diversi vizi dell'atto amministrativo – 1.1. Nullità e inesistenza – 1.2. Nullità, inesistenza e annullabilità

1. Caratteri generali: i diversi vizi dell'atto amministrativo

Un atto amministrativo per essere valido deve risultare conforme al paradigma legale.

Per invalidità si intende, infatti, la non corrispondenza dell'atto alle previsioni legislative che lo disciplinano.

Come principio generale un atto invalido non dovrebbe produrre effetti, ma così come previsto per il diritto civile, vi sono alcuni casi in cui anche se invalido l'atto produce effetti.

In particolare, ci si riferisce alla categoria dell'annullabilità, a lungo tempo considerata l'unico vizio dell'atto amministrativo.

Un atto annullabile produce effetti finché non viene annullato.

Tale previsione è compatibile con i caratteri del provvedimento amministrativo, ed in particolare con la sua immediata esecutività ed imperatività.

L'atto amministrativo può subito essere portato ad esecuzione dall'amministrazione, ed il privato può impugnare l'atto nel termine decadenziale di giorni sessanta facendone dichiarare l'annullamento.

La figura dell'annullamento a lungo è stata considerata l'unica forma di invalidità dell'atto amministrativo, in quanto l'unica compatibile con i principi ed i caratteri che venivano riconosciuti al provvedimento amministrativo.

Storicamente poco o nulla era lo spazio destinato alla figura della nullità.

L'atto nullo, infatti, inteso come atto improduttivo di effetti con difficoltà si coniugava con i caratteri dell'esecutività e dell'esecutorietà del provvedimento amministrativo, che la nostra tradizione ha voluto riconoscerli.

Oggi però tale vizio trova un suo riconoscimento legislativo nell'art. 21 septies della l. 241/90, così come introdotto dalla riforma attuata con la l. 15/2005.

Tale riforma, introducendo espressamente il vizio della nullità, ha aperto nuovi ed imprevedibili scenari che si riversano, oltre che nella struttura dell'atto anche a livello processuale.

Anche a seguito della novella residuano, però, ancora dubbi sull'ammissibilità nel diritto amministrativo della figura dell'inesistenza e sui suoi rapporti con la categoria della nullità.

Ed infatti, a seguito dell'introduzione espressa di tale ultimo vizio, il favor dimostrato dal legislatore nei confronti di tale forma invalidità rispetto all'inesistenza, rischia di far scomparire tale ultima categoria giuridica.

Altra forma di invalidità è l'irregolarità del provvedimento amministrativo, che si ha quando le difformità tra l'atto e il paradigma legale sono talmente lievi da non compromettere gli interessi che la norma violata vuole tutelare.

In tal caso l'atto risulta pienamente valido ed efficace.

1.1 Nullità e inesistenza

Prima della riforma del 2005 non esisteva una disciplina sostanziale dell'invalidità dell'atto amministrativo.

Infatti, la legge Tar del 1971 prevedeva la possibilità per l'interessato di impugnare l'atto amministrativo nel termine di 60 giorni al fine di chiederne l'annullamento, qualora avesse lamentato la presenza nell'atto di un vizio di legittimità, quale la violazione di legge, l'incompetenza o l'eccesso di potere.

Essendo solo questo il dato normativo, la giurisprudenza maggioritaria, ritenendo che il processo amministrativo avesse esclusivamente valenza impugnatoria, ammetteva come vizio dell'atto amministrativo soltanto la figura dell'annullamento.

Nonostante ciò, non erano mancate voci in dottrina ed in giurisprudenza che sostenevano che in alcuni casi il vizio che inficiava l'atto amministrativo era talmente grave da non potersi giustificare il solo vizio dell'annullabilità.

Ed è proprio grazie a tali spinte dottrinali ed in parte giurisprudenziali che iniziano a sorgere le categorie della nullità e dell'inesistenza che hanno portato alla previsione esplicita del primo dei vizi suddetti nell'attuale art. 21 septies della l. 241/90.

La previsione legislativa della nullità dell'atto amministrativo, non può farci dimenticare le fatiche della dottrina amministrativa, che

scontrandosi contro il brocardo *pas de nullité sans texte*¹, aveva dovuto far riferimento al concetto di inesistenza, creando confusioni concettuali che ancora oggi non risultano sopite².

In forza di tale principio si riteneva che il vizio di nullità potesse ritenersi sussistente solo in caso di espressa previsione legislativa in tal senso.

E' stata proprio la rigidità con cui fu interpretato tale brocardo francese a costringere la dottrina ad introdurre la categoria dell'inesistenza all'interno del sistema giuridico, creando così problemi di raccordo con la figura della nullità.

Il dibattito sulla portata del concetto di inesistenza e sulla sua differenziazione dalla categoria della nullità ha interessato la dottrina amministrativista, ed ancor prima quella civilistica, e trova tra i suoi maggiori esponenti, due illustri maestri, Ascarelli³ e Carnelutti⁴.

Sebbene, infatti, a livello teorico sia possibile ipotizzare una distinzione tra nullità ed inesistenza, a livello pratico e soprattutto volgendo lo sguardo agli effetti prodotti da queste due categorie, le differenze si assottigliano.

Si avrebbe, infatti, inesistenza tutte le volte in cui non sarebbe possibile attribuire rilevanza giuridica ad una determinata fattispecie, in quanto non possiederebbe quegli elementi minimi richiesti dalla legge, per farle acquisire valore giuridico.

¹ Anche se tale brocardo non era da tutti condiviso; v. G. Jezem *Les Principes généraux du droit administratif*, I, Paris, 1925, il quale ritiene che tale brocardo non sia applicabile per gli atti pubblici, ma solo per quelli privati, in quanto dato l'interesse pubblico cui la norma di diritto pubblico sottende, ogni violazione di essa dovrebbe comportare la nullità.

² Il concetto di inesistenza nasce in Francia, per sanzionare i casi di matrimonio non espressamente considerato nullo, ma in contrasto con il senso comune, come ad esempio quelli tra soggetti dello stesso sesso, cfr. Bianca M., vol. III, *Diritto Civile, Il contratto*, Giuffrè. Sulla nascita e l'evoluzione della categoria dell'inesistenza, cfr. anche per i riferimenti bibliografici M. Hugues Adida-Canac, *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, in www.courdecassation.fr: "Née immédiatement après le Code Napoléon, attribuée à un certain Zachariae, elle a été défendue au 19ème siècle, tolérée par Japiot dans le cadre du renouvellement de la théorie des nullités, puis reniée au 20ème siècle. (...) La jurisprudence a consacré l'inexistence de manière épisodique, mais néanmoins constante et récente, avec un pic remarquable à la Belle Epoque. Née en droit du mariage, tentée en droit des contrats en même temps qu'elle disparaissait du mariage, elle a finalement fait fortune ailleurs, en droit public".

³ V.T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità*, in *Problemi Giuridici*, I, Milano, 1959, il quale riteneva di dover distinguere le due categorie, facendo rientrare all'interno della categoria dell'inesistenza tutti quei casi che non possono rientrare nell'annullabilità e "che la lettera della legge non permette di far entrare" nella nullità;

⁴ F. Carnelutti, *Inesistenza dell'atto giuridico?* in *Rivista di diritto Processuale* 1955, pag. 208 che affermava che l'inesistenza "non è e non può essere diversa dalla nullità".

Si avrebbe invece nullità, quando l'atto giuridico possiede una rilevanza giuridica, ma il vizio da cui è affetto è talmente grave, da impedire la produzione di effetti giuridici⁵.

Sul piano degli effetti però le due categorie, tendono ad avvicinarsi. Entrambe le categorie, infatti, impediscono all'atto di produrre effetti giuridici; gli atti affetti da tali vizi non sono sanabili; il vizio è rilevabile in qualunque tempo etc⁶.

Si comprende, quindi, come le due categorie tendano molto ad assomigliarsi, tanto da far dubitare seriamente della necessità di una distinzione tra le due.⁷

Il dibattito su tale punto ha investito anche elementi di teoria generale del diritto.

In particolare, al fine di riconoscere un valore giuridico alla categoria della nullità, si è cercato di distinguere concettualmente la rilevanza giuridica dell'efficacia.

Questi due concetti, infatti, sono stati spesso confusi ed identificati, ritenendo che una determinata fattispecie fosse da considerarsi giuridicamente rilevante, solo qualora potesse produrre effetti⁸.

Infatti, in base a tale ultima teoria, non poteva riconoscersi alcuna autonomia concettuale alla categoria della nullità, in quanto per definizione *quod nullum est nullum producit effectum*, per cui la nullità veniva fatta coincidere con l'inesistenza, in quanto entrambe le

⁵ V. M. D'Orsogna, Il problema della nullità in diritto amministrativo, pag. 9, dove testualmente si legge: "la nullità sarebbe frutto di un giudizio di disvalore giuridico operato dalla norma nei confronti della fattispecie imperfetta. L'assoggettamento al giudizio di disvalore sarebbe, in tale prospettiva, idoneo (e sufficiente) a rendere l'atto che ne è oggetto giuridicamente rilevante. L'inesistenza si caratterizzerebbe, di converso, per la circostanza che l'atto non sarebbe sussumibile in alcuna fattispecie normativa astratta e, dunque, si collocherebbe al di fuori del diritto, nella sfera dell'irrilevanza giuridica".

⁶ G. Treves, La presunzione di legittimità degli atti amministrativi, Padova, 1936, pag. 31, ritiene fuorviante la distinzione tra nullità ed inesistenza, in quanto "la inesistenza e la nullità agiscono sull'atto nella stessa maniera, impedendogli il raggiungimento delle conseguenze giuridiche a cui tendeva".

⁷ Ne dubitava De Valles, Un concetto errato: gli atti giuridicamente inesistenti, in Foro it, I, 1953, il quale riteneva che non poteva attribuirsi alcun significato alla dicitura atti inesistenti, a meno che si intenda tale concetto, semplicemente come inesistenza di fatto, e non giuridica. L'autore riteneva gli atti inesistenti di fatto solo nei casi di mancanza di volontà o della dichiarazione. In tutti gli altri casi, quando la giurisprudenza o la dottrina parlano di inesistenza, danno a tale termine, il significato di nullità. Dello stesso parere anche G. Treves, La presunzione di legittimità, pag. 14, il quale sostiene che "la distinzione fra inesistenza e nullità di un determinato atto si presenta quindi come risultato di una confusione". Ed ancora aggiunge l'Autore, "si scorge facilmente come non si possa porre una distinzione, ad es., fra un atto amministrativo o contratto inesistente ed un atto amministrativo o un contratto nullo, poiché in entrambe le ipotesi non si avrebbe né quell'atto amministrativo, né quel contratto, sotto l'aspetto giuridico, vale a dire quelle date conseguenze giuridiche che essi pretendevano avere".

⁸ Tale teoria fu chiamata causalistica.

fattispecie non producevano effetti giuridici, e quindi non assumevano rilevanza giuridica.

Si è cercato allora di sganciare il concetto di rilevanza da quello di efficacia, considerando rilevante la fattispecie che viene qualificata da una determinata norma giuridica, a prescindere dalla produzione di effetti⁹.

Così ragionando la nullità, venendo espressamente qualificata da una norma, avrebbe un suo rilievo giuridico, e ciò porterebbe a distinguerla, almeno in termini di teoria generale, dalla categoria dell'inesistenza.

Ma ad una distinzione tra le due categorie, è giunto anche chi non ha ritenuto di dover distinguere nettamente la rilevanza dall'efficacia, dando a tale ultimo concetto un significato diverso.

Si è ritenuto, cioè, che fosse da considerare rilevante, non solo quella fattispecie idonea a produrre effetti giuridici, ma anche quella che sia capace di produrre effetti pratici, i quali assumono, poi, valore giuridico per l'ordinamento.

La nullità, quindi, secondo tale teoria, sarebbe una fattispecie produttiva di risultati, mentre l'inesistenza non produrrebbe né effetti né risultati, e di conseguenza sarebbe irrilevante per il diritto.

Nonostante tali sforzi, anche a livello di teoria generale, non vi è mai stato un generale consenso sulla necessità o meno di dover distinguere la nullità dall'inesistenza¹⁰.

L'inesistenza, in realtà, più che una categoria giuridica a sé, avente una propria autonomia, è stata utilizzata dalla dottrina per raggiungere determinati scopi.

⁹ E' la cd. teoria realistica.

¹⁰ Cfr. G. Montedoro, L'azione di nullità del provvedimento amministrativo, in Trattato di giustizia amministrativa di Caringella e Garofoli, Milano, 2006, dove si legge che "per una tradizione risalente della dottrina giuridica amministrativistica, la nullità era praticamente indistinguibile dall'inesistenza, i due vizi, pur essendo talvolta menzionati separatamente – poiché il primo riportato ad un provvedimento esistente ma gravemente viziato, mentre il secondo identificato con le ipotesi di assoluta mancanza, nella realtà fenomenica, degli indici minimi idonei ad individuare un provvedimento, o nella realtà giuridica, di un potere – erano comunque contrapposti all'annullabilità.... In conclusione, non si riteneva che le pur concettualmente distinte ipotesi di nullità ed inesistenza comportassero rilevanti differenze di disciplina". Nel diritto francese, spesso si parla di inesistenza intendendola come nullità. Cfr. . P. Le Mire, Inexistence et voie de fait, RDP 1978, p. 1258, "on soutient souvent l'existence d'une voie de recours particulière contre les actes inexistants, généralement qualifiée de recours en déclaration de nullité", che permette di portare "devant le juge judiciaire ou le juge administrative pour faire déclarer nul et non avenue un acte administrative inexistant". Cfr di recente anche l'arret n. 16 du 30 juin 2004 de la Chambre Administrative de la Cour Supreme, che nel definire l'atto inesistente, lo considera "nul et non avénu" ed ancora "nul et de nul effect".