

## Il regime della nullità dell'atto amministrativo secondo il codice del processo amministrativo

Felice Ancora\*

*SOMMARIO: 1. Presentazione - 2. L'introduzione della figura dell'atto amministrativo nullo - 3. Tre soluzioni adeguate.*

### 1. Presentazione

Da più autori (1) sono state espresse perplessità sul regime della rilevazione della nullità e, poi, della pronuncia di accertamento di quest'ultima, dettato dagli articoli 31, comma 4 e 73, comma 4 del Codice del processo amministrativo.

E' stata, in particolare, ravvisata una sperequazione tra la circostanza che l'accertamento della nullità può essere proposto solo entro il termine di 180 giorni a partire (presumibilmente) dalla conoscenza o pubblicazione dell'atto (2), e la circostanza che la nullità può essere sempre opposta dalla parte resistente, mentre non è stato reputato un temperamento significativo la circostanza che la nullità può sempre essere rilevata d'ufficio da parte del Giudice.

Si danno degli elementi per una prassi applicativa soddisfacente anche nei confronti delle esigenze del ricorrente, che appare penalizzato dal termine di 180 giorni. Il problema si presenta con particolare acutezza allorché l'atto nullo è presupposto di un altro atto impugnato, ma è risultato per lungo tempo dissimulato, sicché non è stato impugnato nei 180 giorni dalla sua conoscenza o pubblicazione e, viceversa, è riconosciuto come tale attraverso le prospettazioni della controparte, interessata evidentemente a sminuire la incisività dell'atto impugnato, contraddicendo l'apparenza che aveva indotto ad individuare quest'ultimo come l'elemento centrale della sequenza di atti produttiva del risultato a lei sfavorevole (3).

---

(\*) Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Facoltà di Scienze Politiche, Università degli Studi di Cagliari.

*Il presente articolo costituisce ampliamento di omonima comunicazione inviata dall'Autore al Convegno del Centro italiano di studi amministrativi (CISA) su "Il codice amministrativo a sei mesi dalla sua entrata in vigore", Roma, Libera Università LUSPIO, 13 aprile 2011.*

(1) V. ad esempio, ROBERTO CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo, alla ricerca dell'effettività perduta*, in *www.giustizia amministrativa*, 28 luglio 2010, 8 e G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia amministrativa*, 24 febbraio 2011.

(2) Su questo ci si soffermerà in seguito.

(3) V. E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. Stato*, 2005, IV 1419 e ss., in specie 1432, dove è manifestata l'esigenza di un regime dei termini per far valere la nullità particolarmente temperato quando ciò avvenga incidentalmente, nonché M. RAMAIOLI, *Legittimazione ad agire e rile-*

Si hanno – e si devono avere – consistenti ragioni per attribuire al Legislatore la massima razionalità e la consapevole esclusione di esiti discriminatori ai danni del ricorrente.

Si propone per questo una interpretazione che armonizza le tre procedure per rilevare, o far rilevare, la nullità del processo e, cioè, per introdurre nel processo la valutazione della nullità e per condurre, quindi, all'accertamento della stessa con ogni conseguenza.

## 2. L'introduzione della figura dell'atto amministrativo nullo

L'istituto della nullità dell'atto amministrativo è stato introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, sotto forma di un articolo 21-*septies* aggiunto alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (4).

Tale disposizione non ha dettato una normativa sostanziale completa, mentre non ha dettato alcuna normativa processuale.

La normativa sostanziale dettata al momento non era completa e tuttora non è stata completata espressamente (5).

Può dirsi che l'articolo 27-*septies* ha riprodotto la formulazione dell'articolo 1418 del Codice civile, evidentemente con il sottinteso del rinvio alla disciplina della nullità dettata dal Codice civile in generale per i contratti.

Questa disciplina imperniata sugli articoli 1421, 1422 e 1423 non è però

*vabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. Proc. amm.*, 2007, 999 e ss., in specie sul punto, 1019. V. anche, per una spiegazione delle diverse tattiche processuali dissimulatrici o simulatrici di un rapporto di presupposizione tra atti e della interferenza con esse della qualificazione come nullo dell'atto precedente, F. ANCORA, *Le fattispecie quali componenti della dinamica dell'ordinamento. Tipi, combinazione, anomalie*, Torino 2005, 299-301 e 308-311 e *L'individuazione dell'atto amministrativo presupposto*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2009, IV, 293 e ss., in specie 293-296, 300-302 e 311-312.

(4) Gli apporti di dottrina sono molto numerosi e riesce difficile citarli tutti. Per quelli anteriori alla novella del 2005 si segnalano R. CARANTA, *L'inesistenza del provvedimento amministrativo*, Milano 1990 e A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino 2002.

Per quella successiva si segnalano: S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia amministrativa*, 2005; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli 2006, 959 e ss.; L. MAZZAROLLI, *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 e ss.; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano 2007; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, in *www.giust. amm.*, 2007; C. VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *www.giust. amm.*, 2007; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, Milano 2007, 855 e ss.; M.L. MADDALENA, *Comportamento e nullità provvedimenti: prospettive di tutela tra g.o e g.a.*, in *Dir. amm.*, 2007, 543 e ss.; M. RAMAIOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 999 e ss.; S. VINTI e D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano 2008; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 793 e ss.; F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo. Inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, *L'invalidità degli atti amministrativi*, Torino 2009, 16 e ss..

(5) Con questo si esprime che la normativa sostanziale della nullità, non è stata a tutt'oggi oggetto di integrazioni espresse, ma ha ricevuto indirettamente integrazioni dalla normativa processuale (al riguardo, v. in seguito, paragrafo 3, lettera D).

una base solida e consistente. Già originariamente era molto meno netta e scolpita di quanto sembri (6); in ogni caso sin dall'origine si confrontava con quella recata da altri diversamente ispirati (7). E' stata ulteriormente messa in discus-

---

(6) Gli articoli citati, e cioè, 1423, 1421 e 1422, sembrano fare da preciso contrappunto agli articoli 1444, 1441 e 1442, sull'annullabilità. Da essi è affermato da una parte, che: il contratto nullo non può essere convalidato, la nullità può essere fatta valere da chiunque abbia interesse, l'azione di nullità non è soggetta a prescrizione. E' affermato, dall'altra che: il contratto annullabile può essere convalidato, l'annullamento del contratto può essere richiesto solo dalla parte, l'azione di prescrizione si prescrive in cinque anni.

Tutto ciò, però, è un'impressione. Ora, a parte la convalida, per la quale, la disposizione relativa agli atti nulli è veramente contrapposta a quella relativa agli atti annullabili, per quanto riguarda, sia la rilevanza, sia la prescrizione i due regimi giuridici sono molto meno contrapposti di quanto sembrino. E' vero che in forza dell'articolo 1441 la annullabilità può essere fatta valere da una cerchia ristretta di persone, ma è anche vero che l'articolo 1421 conferisce la possibilità di esercitare l'azione di nullità, non a chiunque, ma solo ai titolari di un interesse ad agire di cui all'articolo 100 del Codice di procedura civile (e, cioè, a coloro che sono in grado di dimostrare la necessità di ricorrere al Giudice per evitare una lesione attuale del proprio interesse individuale), mentre quando stabilisce un potere ufficioso da parte del Giudice di rilevare la nullità, dà per scontata la sottoposizione al vincolo del principio della domanda, stabilito dagli articoli 99 e 112 del codice di procedura civile. Ancora, (circa la prescrizione) a creare una differenza di trattamento, non è tanto la differenza tra contratto nullo e atto annullabile, quanto quella tra contratto eseguito o non eseguito: è vero che l'azione di nullità (senza esecuzione) è imprescrittibile e che l'azione di annullamento è assoggettata a prescrizione, ma è anche vero che rispetto a tale azione è equivalente l'eccezione di annullamento, imprescrittibile allorché il contratto non è stato eseguito, così come è anche vero che in caso di esecuzione del contratto nullo, l'azione di ripetizione di indebito è assoggettata a prescrizione, sicché non è più possibile far valere l'invalidità del contratto dal punto di vista (decisivo) dei suoi effetti, allo stesso modo di quello che accade nel caso di esecuzione del contratto annullabile, a parte la differenza, solo quantitativa, che in un caso la prescrizione è decennale, nell'altro è quinquennale.

Per tutto ciò, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela esecutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 92-95 e R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino 1995, 302-303 e 308-309.

(7) La disciplina delle invalidità dettata dagli articoli considerati (e, cioè 1418, 1423, 1443, 1421, 1441, 1422 e 1442) già in partenza aveva un ambito delimitato perché riguardava solo i contratti. Lasciava fuori i rapporti di famiglia, le successioni e gli atti societari, per i quali erano stabiliti trattamenti atipici (progressivamente divaricatisi) contrassegnati da disparati nomi (da quello di impugnabilità a quello di inefficacia).

In più, al di sotto della apparenza di una formulazione in termini recisi, la disciplina considerata stabiliva salvezza per trattamenti diversi, che già nella formulazione originaria del Codice erano frequenti anche nella stessa materia dei contratti, specialmente in ordine all'efficacia e alla esecuzione, nonché alle conseguenze sananti delle stesse (quindi anche con riflessi sulla sanatoria e la convalida). Per un aspetto, e, cioè, quello dell'efficacia, da un lato, si aveva (e si ha) che non solo il matrimonio nullo, ma anche la parte di contratto nullo che concerne la devoluzione ad arbitri di eventuali controversie, producono effetti, il contratto nullo produce effetti tributari, la nullità del contratto in coesistenza con la nullità per altra causa non determina pregiudizio nei confronti dei diritti acquisiti dal terzo acquirente in buona fede (v. art. 1445), dall'altro lato, si aveva (e si ha) il caso di contratti validi che, però non producono effetti (indipendentemente dall'operare di condizioni o termini), come è per il comodato ai sensi degli articoli 1722 e 1723. Per l'altro aspetto, e, cioè, quello dell'esecuzione, si aveva (e si ha), da un lato, che per il testamento nullo eseguito dall'erede o per la donazione nulla eseguita dopo la morte del donante, l'esecuzione, comunque, trasferisce la proprietà ed è intangibile nonostante la nullità del negozio (artt. 509 e 799), per le donazioni informali di modico valore la consegna della cosa sana la nullità della promessa, dall'altro lato, che per i contratti di gioco, pur considerati validi consegue l'irripetibilità della prestazione, allo stesso modo di come l'irripetibilità consegue ai contratti che sono nulli perché conclusi

sione e resa recessiva da disposizioni nuove, di ispirazione per lo più comunitaria, che sono volte ad assicurare una protezione efficace e duttile a specifici interessi meritevoli (dove la comune espressione di nullità di protezione) e che per questo hanno stabilito regimi di nullità tra loro notevolmente diversificati in relazione all'interesse e ai soggetti da tutelare e comunque caratterizzati dalla inclusione di elementi comunemente propri della annullabilità, specie per quanto riguarda la parziale efficacia del contratto e la restrizione della legittimazione a far valere lo stato viziato, pur se spesso in coesistenza con la rilevanza d'ufficio da parte del Giudice (8): v. ad esempio il Codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, nella parte relativa alle clausole vessatorie e, cioè, in particolare, all'articolo 36, e le nuove parti del Codice civile sulle vendite di beni di consumo e, cioè, in particolare gli articoli 1519-*bis* e 1519-*nonies*, od anche, ancora la legge 28 febbraio 1985, n. 47 sul condono edilizio, nelle parti relative alle comminatorie di nullità e, cioè, agli articoli 13, 17 e 18 (9). E' stata allo stesso modo, messa in discussione dalla

---

per cause turpe (v. da un lato, art. 1933, dall'altro artt. 1325, 1343 e 2035). Ancora, riguardo l'efficacia, si ricorda che ai sensi dell'articolo 2652, n. 6, se la domanda diretta a far dichiarare la nullità o a far pronunciare l'annullamento è trascritta 5 anni dopo la data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede. Allargando l'osservazione al regime dell'annullabilità, che dovrebbe essere connotato dall'efficacia dell'atto, si nota che la giurisprudenza ammette che il contraente convenuto per l'adempimento possa ottenere l'assolutoria, invocando incidentalmente l'annullabilità, ma senza chiedere l'annullamento, ciò, in quanto l'ultimo comma dell'articolo 1442 contemplerebbe una fattispecie di pura annullabilità (v. Cass. 30 marzo 1989, n. 1556, in *Arch. civ.* 1989, 837).

Per tutti questi svolgimenti, nonché per la constatazione che le diverse quattro formule di trattamento che si rinvengono nel Codice, e, cioè, quelle del negozio nullo soggetto a sanatoria, del negozio nullo capace di produrre l'irripetibilità del pagato, del negozio valido con effetto limitato alla irripetibilità del pagato e del negozio valido consistente in una dichiarazione seguita da consegna, sono del tutto equivalenti, v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv.* Sez. civ., cit., 298-300 e 304-306.

(8) Su questo tipo di nullità, tra i tanti, v.: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Padova 1995, *passim*; P.M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione comunitaria)* in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Appendice*, XVI, Torino 1997, 680 e ss. e poi, più di recente, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002; N. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 495-503; e più di recente, *Il contratto e l'invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, *Atti del Convegno per il cinquantenario della rivista*, 241 e ss.; M. GIORLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008, *passim*, ma in specie 322 e ss..

(9) Alle disposizioni citate si aggiungono moltissime altre previste da normative di settore, qualche volta introdotte come novelle al codice civile, altre volte no. Si citano al riguardo le disposizioni che, quanto ai contratti di agenzia, prevedono una nullità che colpisce le statuizioni più sfavorevoli nei confronti dell'agente (articoli 1748, comma 6 e 1761, comma 8 c.c.), quanto ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, stabiliscono che il diritto di recesso è irrinunciabile e che ogni pattuizione in contrario è nulla (v. art. 10 del dlgs. 15 gennaio 1982, n. 50), quanto ai contratti di credito al consumo, prevedono diverse cause di nullità a vantaggio del contraente debole, caratterizzate dalla legittimazione solo in capo al cliente e dal mantenimento di parziale efficacia al contratto (v. artt. 117, 118 e 127 del dlgs. primo settembre 1993, n. 385), quanto alla responsabilità del produttore, prevedono la nullità di qualsiasi patto che esclude o limita nei confronti del consumatore danneggiato la responsabilità da prodotto difettoso (v. d.P.R. 24 maggio 1988 n. 244, art. 12), quanto ai contratti di intermediazione finanziaria, pre-

recente normativa di diritto societario, nella quale la nullità, pur avendo un'area più estesa di quella dell'annullabilità, ha molti elementi in comune con questa (dalla relatività, ai ridotti termini per farla valere). Ulteriormente, si nota che la disciplina evocata (cioè quella degli articoli 1418, 1421 e 1422) si confronta con il regime differenziato ed articolato dalla nullità stabilito dai diritti processuali, oggetto di elevatissima riflessione dottrina (10) e di particolare rilievo per gli atti amministrativi perché accomunati agli atti processuali dall'importante elemento di essere inseriti in un procedimento, e si confronta, altresì, ormai con il diritto comunitario, che, all'articolo 264 del Trattato, sul funzionamento dell'Unione Europea, in definitiva, confonde tra nullità e annullabilità e all'articolo 277, sempre dello stesso Trattato, introduce una forma di riconoscimento incidentale della efficacia di un atto, una volta scaduti i termini per impugnarlo, per risultati praticamente simile ad un accertamento di nullità. Esiste, quindi, almeno una relativa lacuna nel regime sostanziale dell'atto amministrativo nullo, avvertita soprattutto riguardo l'elemento della efficacia e che, come prospettato poc'anzi e salve successive conferme, si presta ad essere colmata nel senso di un parziale riconoscimento positivo, e cioè della non sanzionabilità dei comportamenti attuativi di quell'atto, senza, per altro, considerare illecito il comportamento opposto e, quindi, in definitiva, nel senso di collegare l'atto nullo ad una condizione di incertezza.

La normativa processuale è stata dettata con l'articolo 31, comma 4 del Codice del processo amministrativo. Essa trae, o può trarre elementi di certezza, o viceversa, di incertezza, proprio da quanto si trova di definito o di indefinito nella componente sostanziale della normativa. E' altrettanto di questa esposta alla influenza del regime processuale della nullità in altre branche del diritto e segnatamente del diritto civile, che ha subito la evoluzione di cui si è detto verso nuove forme di nullità (c.d. di protezione).

### 3. Tre soluzioni adeguatrici

Si danno ora, nelle successive lettere A, B, C, tre soluzioni per riequilibrare quello che sembra un rapporto sbilanciato tra la parte ricorrente, che appare vincolata dal termine di 180 giorni per la proposizione della domanda di accertamento della nullità e quelle resistenti che possono, invece, far valere questa

---

vedono una parziale efficacia del contratto pur nullo (v. art. 23, c. 2 del dlgs. 24 febbraio 1988, n. 51), quanto ai contratti di subfornitura, prevedono che l'atto attraverso il quale si realizza un abuso di dipendenza economica è nullo (v. art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192). A ciò è da aggiungere la previsione contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, circa la nullità degli accordi che risultano restringere la concorrenza (v. art. 101).

(10) Si pensa, in particolare alle due monografie, di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano 1955 e *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano 1955, che, dedicate all'atto processuale e alle sue invalidità, contengono un chiaro, profondo e preciso inquadramento della figura generale del procedimento.

in ogni tempo, e, insieme per assicurare un significato alla rilevabilità da parte del Giudice.

Parte notevole di esse attiene alla impugnazione incidentale dell'atto, e, cioè, quella compiuta nell'ambito di una reazione giurisdizionale attivatasi nei confronti delle conseguenze dell'atto.

Si prospetta preliminarmente che alla problematica non possono trasferirsi identiche le sistemazioni date nei rapporti civili alle c.d. nullità di protezione, perché nel rapporto processuale amministrativo non c'è una meccanica e facile identificabilità della parte c.d. debole: normalmente lo è il ricorrente, ma può esserlo anche chi resiste, così come bisognosa di tutela compensativa può essere la Amministrazione che ha emanato l'atto, talvolta costituita da minuscoli enti.

A) Si pensa, innanzitutto, che ai fini della proposizione in via principale della domanda di accertamento della nullità sia da applicare con larghezza l'istituto della rimessione nei termini per errore scusabile, così come disciplinato dell'articolo 37 del Codice del processo amministrativo. A ciò si è condotti dal convergere di due elementi.

Il primo è costituito dal tendere del concetto di nullità verso il vuoto dell'assoluta mancanza, senza poterlo, però, raggiungere, a causa di una insita, oggettiva, difficoltà dell'intelletto umano, una volta concepito un oggetto, ad ipotizzare per esso una condizione puramente negativa: l'intelletto umano ha una insita difficoltà a concepire il vuoto e cerca sempre di riempire ciò che ha iniziato a concepire come vuoto, ciò che del resto si sperimenta allorché comunemente si pensa all'universo (per altro ora non più riscontrato come vuoto).

Questa condizione di indeterminatezza concettuale dello stato di nullità, caratterizzata dalla sua posizione intermedia tra la pienezza dell'essere e il non essere, nel caso dell'atto amministrativo si traduce e circostanzia con una forte indeterminatezza dell'efficacia di quest'ultimo per la quale esso è considerato in grado di qualificare contraddittoriamente, sia come scusabili e non sanzionabili la sua esecuzione ed attuazione (11), sia come lecita la sua inosservanza.

Il secondo è costituito dall'intrinseco collegamento dell'errore scusabile ad una condizione di incertezza su una determinata situazione, che la legge identifica come presupposto per la tenuta di un determinato comportamento e, segnatamente, per il compimento di un determinato atto processuale (12).

---

(11) Del resto, se fosse radicalmente escluso ogni seguito all'atto, non avrebbe senso un'azione diretta a far valere la nullità di questo; v. al riguardo S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 9.

(12) Su tale valore dell'istituto dell'errore scusabile, v. A. GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. dir. pubb. com.* 2002, 1446-1449 e O. SEPE, *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 675 e ss. e L. MONTESANO, *Sulla competenza a dichiarare l'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1985, 359 e ss..  
In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2005, n. 4934 in *Cons. Stato*, 2005, I, 1576.

Per questo, se l'atto nullo crea una situazione di incertezza e l'errore scusabile si collega da uno stato di incertezza, l'amministrato che nei 180 giorni dall'inizio del computo del termine di decadenza non ha esattamente qualificato un determinato comportamento della Amministrazione come un atto, sia pure nullo, oppure non ha esattamente considerato questo come lesivo, dovrebbe essere rimesso nei termini di impugnazione con larghezza considerevole e, comunque, maggiore di quella che sarebbe giustificabile se l'atto fosse solo annullabile.

Ancora, dovrebbe ipotizzarsi che i 180 giorni, quando l'atto non sia stato oggetto di pubblicazione o di notificazione, decorrano dal momento della percezione della sua portata lesiva.

Alla formulazione di questa ipotesi si perviene partendo dalla constatazione che il Codice del processo amministrativo, per la proposizione dell'azione di accertamento della nullità, all'articolo 31, fissa la durata del termine (180 giorni), ma non precisa né lì, né altrove l'evento dal quale iniziare il computo, ciò che invece, fa all'articolo 41, per la sola azione di annullamento (previamente disciplinata all'articolo 29), determinando tale evento nella notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto, oppure (per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale) dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione (se prevista dalla legge o in base alla legge). Far valere questo identico evento iniziale per l'azione di accertamento della nullità è astrattamente possibile, ma solo all'esito di una operazione di estensione analogica e, per questo, non in modo automatico, ma in subordine alla constatata sussistenza di una identità di ragione ad assoggettare l'accertamento della nullità di un atto ad una disciplina qualitativamente identica (salvi solo i giorni di durata del termine) a quella valida per l'azione diretta a far annullare un atto. Ad attenta analisi, tale identità di ragione manca, perché l'atto nullo è per definizione meno appariscente e percepibile dell'atto semplicemente annullabile, sicché le ragioni di una disciplina di rigore che valgono per il secondo (e, cioè, per l'atto annullabile), non valgono per il primo (e, cioè per l'atto nullo): la lesività dell'atto semplicemente annullabile si percepisce subito, non appena se ne conosce il contenuto, perché tale atto è pienamente efficace; quella dell'atto nullo non si percepisce subito, perché esso non è pienamente efficace ed è comunque caratterizzato da forti carenze sostanziali. Per questo, nei confronti dell'atto nullo non può farsi valere identica la disposizione che vale per l'atto annullabile e che dà rilievo esclusivo alla conoscenza e conoscibilità dell'atto; occorre, piuttosto, far valere il principio ispiratore sottostante a tale disposizione, e, cioè, dell'inizio del computo del termine dalla percepibilità della portata lesiva dell'atto, eventualmente temporalmente differita rispetto al semplice contatto (reale o presunto) con il contenuto dell'atto (13).

B) Si pensa, in secondo luogo, che l'espressione "parte resistente" più

generica rispetto a quella di controinteressato o di Amministrazione resistente, pure usate dal Codice in altre sue parti, indichi chiunque si opponga ad una iniziativa processuale che può essere anche costituita da un ricorso incidentale o da una eccezione, ad esempio di inammissibilità.

Sulla base di ciò “parte resistente” può essere anche il ricorrente, allorché, impugnato un atto presupposto con motivi aggiunti, si sente eccepire che sono scaduti i termini per impugnarlo perché semplicemente annullabile e, quindi, sottoposto al termine di decadenza di 60 giorni: sembra giusto che il ricorrente possa respingere questa eccezione allegando la nullità dell’atto (14). Al riguardo si nota incidentalmente che l’istituto dei motivi aggiunti ha subito nel Codice un ampliamento di utilizzazione perché dall’articolo 43 dello stesso è stato ammesso ad introdurre anche “domande nuove” semplicemente “connesse” a quelle già proposte e, quindi impugnazioni di atti diversi da quelli originariamente impugnati, non necessariamente successivi ad esso, ma anche anteriori perché la connessione è una qualità bilaterale, che in una relazione tra atti di precedenza – successione, connota, sia l’atto anteriore, sia quello successivo, per non dire che la relazione di “connessione” è in generale fortemente aspecifica (15).

C) Si pensa, in terzo luogo, che la rilevabilità della nullità d’ufficio da parte del Giudice possa avere un importante ruolo riequilibratore a favore del ricorrente (16).

---

13) Del resto, non sono mancate pronunce, di segno largheggiante, che anche nei confronti di atti semplicemente annullabili, hanno dato peso al momento della percezione della portata lesiva dell’atto. V. ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2001, n. 203, in *Cons. Stato*, 2001, I, 70 e Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3431, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 959.

(14) In termini equivalenti identificando come resistente (in senso sostanziale) il privato interessato a far valere la nullità di un atto con cui l’Amministrazione gli si impone (ad esempio nel caso in cui questi impugni un atto esecutivo di un atto normativo), v. B. SASSANI, *Riflessioni sull’azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 277.

(15) Sulla larga aspecificità della qualità della connessione, si rinvia a quanto può argomentarsi dall’articolo 189 del vigente codice di procedura penale, in materia di nullità degli atti processuali, che ipotizzava atti connessi all’atto dichiarato nullo (alla lettera “annullato”) anche anteriori rispetto ad esso, nonché, in dottrina, alle notazioni di E. GUICCIARDI, *Atti connessi*, in *Giur. it.*, 1954, III, 84, dove si distingue tra atto presupposto e atto solo connesso.

(16) La rilevazione della nullità d’ufficio nei rapporti privati, e, in particolare, riguardo le c.d. nullità di protezione, ha una finalità riequilibratrice (v. Corte giust. CE 27 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, IV, 413, riguardo le clausole dei contratti dei consumatori) e tende a supplire ad una eventuale scarsa reattività processuale. Nei rapporti privati (e, cioè, con riguardo alle c.d. nullità di protezione) opera a sostegno del c.d. contraente debole, a favore del quale è stabilita la causa di nullità. Nei rapporti di diritto amministrativo è più difficile individuare a priori una parte “debole”, perché spesso è il ricorrente, ma possono essere tali anche dei controinteressati rispetto ad un ricorrente che è un forte soggetto economico o un piccolo ente pubblico; pertanto non è prevedibile a priori la direzione della funzione riequilibratrice del Giudice, ma è certo che essa può essere necessaria ed è altrettanto certo che essa non deve realizzarsi “a sorpresa”.

Comunque la dottrina privatistica sembra non avere alcuna titubanza ad ammettere la coesistenza tra restrizioni nel far valere la nullità e rilevazione d’ufficio. V. al riguardo S. MONTICELLI, *Nullità, legitti-*



Essa è prevista dallo stesso comma 4 dell'articolo 31 e non è sottoposta ad alcuna limitazione temporale perché la disposizione citata stabilisce che la nullità può sempre essere rilevata d'ufficio da parte del Giudice (allo stesso modo di come può sempre essere opposta dalla parte resistente).

Si precisa preliminarmente che la rilevazione della nullità da parte del Giudice, in quanto determina l'insorgere di una questione all'interno del processo (17), in base all'articolo 73, comma 3 del Codice deve essere seguita da informazione alle parti, così da provocare il contraddittorio. La rilevazione non è sinonimo di pronuncia di accertamento della nullità che chiude la relativa questione insorta nel processo: quest'ultimo è un esito eventualmente da disporre dopo l'instaurazione del contraddittorio, il che fa apparire la rilevabilità d'ufficio da parte del Giudice non contrastante con il termine assegnato per la proposizione della nullità in via di azione e, in particolare, compatibile con l'esigenza perseguita dal legislatore, di tutelare le parti resistenti da allegazioni di nullità imprevedibili (vuoi perché tardive, vuoi perché inaspettate).

Detto questo sugli adempimenti processuali anteriori alla statuizione conclusiva sulla nullità (e, in particolare, una volta distinta quest'ultima dalla rilevazione della nullità e dalla insorgenza della "questione" della nullità, entrambe precedenti), si pone il problema se il Giudice possa sottrarsi dalla rilevazione della nullità e, quindi, di quanto il ricorrente (eventualmente decaduto dalla possibilità di far valere la nullità dell'atto) possa confidare sul Giudice per l'accertamento della nullità dell'atto, ciò che sembra particolarmente importante allorché tale atto è anteriore ad un altro impugnato e si è rivelato a posteriori, con impercettibile progressione, lungo lo svolgersi del processo, gravemente invalido e, insieme, decisivo rispetto al secondo, più appariscente e per questo fatto oggetto della impugnazione.

Al riguardo si prende atto che la disposizione del Codice è formulata nel senso che la nullità "può sempre essere... rilevata d'ufficio dal Giudice" e non che essa "è da rilevare d'ufficio da parte del Giudice", come ad esempio è per le nullità attinenti alle notificazioni alle Amministrazioni centrali. Essa fornisce, cioè, l'apparenza che la rilevazione della nullità costituisca per il Giudice, l'oggetto, non di un pieno dovere la cui violazione è sanzionata con l'invalidità degli atti processuali e, quindi, della sentenza, ma di una scelta libera, o, tutt'al

---

*mazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 687-693 e M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali... cit.*, 448-454.

Con particolare riguardo alla funzione riequilibratrice della rilevabilità d'ufficio della nullità nel processo amministrativo, v. E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo. D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 commentato articolo per articolo*, Torino 2011, 60-61.

(17) Nel senso, che l'eccezione è lo strumento attraverso il quale si introduce nel processo una questione, v. V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 172 e ss. in specie 201-204 e V. DENTI, *Questioni pregiudiziali (Diritto processuale civile)* in *Nuovissimo digesto italiano*, Torino 1967, 675 e ss. in specie, 678.

più di un tenue dovere professionale, rilevante solo dal punto di vista del suo rapporto con l'apparato giurisdizionale.

Si tratta, però, di una apparenza errata. Le ragioni sono le seguenti.

La voce (“può”) del verbo servile “potere” usata dalla disposizione del Codice non ha necessariamente un significato puramente facoltizzante. Nel linguaggio giuridico le voci del verbo “potere”, e tra questo l'espressione “può” sono bivalenti, tra l'escludere una condizione di obbligo e l'escludere una condizione di divieto e, ulteriormente, tra un significato facoltizzante ed un altro di conferimento di valore ed effetto giuridico ad un determinato comportamento dichiaratamente permesso e quindi non vietato, ma, eventualmente, anche obbligato.

In presenza di questa bivalenza, circa il caso che interessa, si rilevano due elementi.

Il primo è che in via generale è difficile immaginare attività di decisione del Giudice sul merito della causa avente carattere discrezionale e non strettamente vincolato: salvo quanto può essere per decisioni di puro ordine del processo, le decisioni del Giudice sono sempre vincolate.

Il secondo è che dal punto di vista letterale deve darsi peso alla espressione “d'ufficio”, usata per connotare la rilevazione della nullità da parte del Giudice. Se si considera che la parola italiana “ufficio” ha la sua origine nella parola latina “*officium*” avente il significato di attività doverosa, l'espressione “d'ufficio” vale da sola a configurare la rilevazione della nullità da parte del Giudice come doverosa.

Per tutto questo, il fatto che il Giudice “può” sempre rilevare d'ufficio la nullità, significa che il Legislatore, non già ha lasciato il Giudice libero di rilevare o non rilevare la nullità, ma ha dato al Giudice, senza limite di tempo, di rilevare la causa di nullità con effetti successivi giuridici sul processo (necessari o eventuali che siano, attesa la distinzione compiuta in precedenza tra la preventiva rilevazione della nullità e la successiva pronuncia di accertamento di essa), qualificando tutto ciò come doveroso. Si sostiene, cioè, che il “può” contrassegna un comportamento giuridico che è collegato al Giudice a titolo di dovere qualificato, la cui inosservanza inficia la validità degli atti successivi e in particolare, la sentenza.

A voler tutto concedere quanto di facoltizzante si volesse cogliere nel verbo “può”, dovrebbe essere riferito, più che alla rilevazione della nullità, alla statuizione finale di essa (per evitare, ad esempio, sentenze contrastanti con la volontà delle parti in favore delle quali è stata stabilita la comminatoria di nullità, e, comunque, alla sorpresa delle parti, oppure per evitare una statuizione di nullità sulla interezza di un atto che non ha influenza diretta sul tema di decisione e che, viceversa ha un grande rilievo generale) (18).

---

(18) Allo stesso modo di come la rilevazione incidentale di una questione di costituzionalità da

In conclusione, il Giudice, una volta accortosi della causa di nullità, quale che sia stato il modo in cui ciò è avvenuto, non può esimersi dal rilevare essa e dal condurre su di essa, contraddittorio e accertamento finale.

Conferma indiretta, ma evidente e forte che il Giudice è obbligato a rilevare la nullità, viene dal diritto comunitario, e in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel nostro ordinamento ormai pacificamente riconosciuta idonea a statuire l'esatta portata delle statuizioni del diritto comunitario. Ci si riferisce alla sentenza, della Sezione IV, della Corte CE, 4 giugno 2009, in causa c. 243 (19), in materia di rilevazione della nullità di clausole abusive ai danni di consumatori (e, quindi, con riferimento ad una figura di nullità con molti elementi di relatività comuni a quella dell'atto amministrativo). La Corte ha statuito che la direttiva 5 aprile 1993, n. 93/19 (appunto sulla tutela dei consumatori avverso le clausole contrattuali abusive), testualmente formulata nel senso di un obbligo generico degli Stati di consentire alle proprie autorità giurisdizionali di far cessare l'introduzione nei contratti di clausole abusive ai danni dei consumatori, ha come modalità obbligata di trasposizione la configurazione di un ruolo del Giudice la quale tenga conto che: "il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine" (20). Questo per l'ordinamento italiano comporta che l'articolo 1421 del Codice civile, il quale disciplina la rilevazione da parte del Giudice anche per la causa di nullità in questione, deve essere inteso nel senso della doverosità della rilevazione da parte del Giudice, almeno per quanto riguarda questa causa di nullità. Ora, collegando tutti questi elementi può dirsi che, se per l'ordinamento italiano la disposizione del Codice civile sulla rilevazione della nullità da parte del Giudice deve essere intesa nel senso che quest'ultima è doverosa riguardo la clausole abusive ai danni dei consumatori, allo stesso modo dovrebbe intendersi l'uguale disposizione del Codice del processo amministrativo riguardo la nullità dell'atto amministrativo, giacché tale nullità ha molti elementi in comune con quella delle clausole abusive ai danni dei consumatori, primo tra questi l'essere posta a tutela di specifici interessi e di configurarsi sostanzialmente come largamente relativa (21).

---

parte della Corte Costituzionale nel corso di un giudizio su conflitto di attribuzioni, non è sinonimo di annullamento della disposizione in oggetto.

(19) In *I contratti*, 2009, 1115 e ss., con convincente commento di S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di giustizia*, 1119.

(20) V. paragrafi 31 e 32.

(21) Sul valore generale della statuizione della Corte di giustizia, sull'obbligo della rilevazione della nullità da parte del Giudice, v. S. MONTICELLI, *La rilevabilità di ufficio... cit.*, 1119-1120, il quale attribuisce ad essa carattere sostanzialmente interpretativo rispetto ad altre precedenti in cui la predetta rilevazione era configurata come oggetto di una facoltà.

Altra conferma, poco appariscente, seppure forte e diretta dall'assunto che si sostiene viene dalla constatazione che nell'ordinamento italiano è pacifico che la rilevazione della nullità può avvenire in sede di giudizio di Cassazione (22). Se si tiene conto del fatto che tale giudizio è ristretto ai vizi di legittimità della sentenza emessa nel precedente grado di giudizio, ragionando a ritroso si deve concludere che per la Corte di Cassazione, il modo in cui la nullità è stata rilevata dal Giudice precedente, e prima ancora la rilevazione o meno da parte di quest'ultimo della nullità, costituisce l'esito di una decisione sottoposta a parametri di diritto e non di una scelta di puro fatto, libera da vincoli giuridici e rimessa unicamente al Giudice. Per questo, l'avvenuto o il mancato rilievo di ufficio della nullità, quali che poi debbano o possano essere gli esiti della rilevazione, si prestano ad essere valutati posteriori alla stregua di elementi di diritto e, quindi sono possibili oggetto di impugnazione. Ulteriormente, si può affermare che il mancato rilievo d'ufficio della nullità, e, cioè la mancata valutazione di essa sono valutabili come vizio della sentenza che conclude la fase di giudizio in cui è stata pronunciata la sentenza oggetto di impugnazione (23).

Conclusivamente, l'omissione della rilevazione della nullità e la mancanza dell'esame della questione che si sarebbe aperta a seguito della rilevazione della nullità, anche se ricavabili solo implicitamente dalla sentenza, possono costituire motivo di impugnazione, così come il Codice, all'articolo 9 dispone per le statuizioni anche implicite sulla giurisdizione.

Tutto ciò è rafforzato e concretato dalla disposizione di cui all'articolo 104 del Codice. Questo enuclea la categoria delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, distinguendole implicitamente da quelle rilevabili d'ufficio. Per le prime stabilisce il divieto della proposizione per la prima volta in appello. Per le seconde no. Può, quindi, sinteticamente dirsi che il Codice, nell'ambito della categoria generale delle eccezioni, distingue tra quelle non rilevabili d'ufficio, per le quali non ammette la proposizione per la prima volta in appello e quelle rilevabili d'ufficio, o improprie, che dir si voglia, evidentemente ammesse (24) e sottratte al divieto della proposizione per la prima volta in appello. In contrario si argomenta che, se chi ha steso il Codice avesse voluto far valere il divieto della proposizione per la prima volta in appello anche per le eccezioni rilevabili d'ufficio, avrebbe collegato il divieto della proposizione semplicemente alle

---

(22) V. Cass. 28 novembre 2008, n. 28424, in *Red. giust. mass.*, 2008, 11.

(23) La riflessione svolta in questo capoverso è ripresa da S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio...*, cit., 1120 (l'autore dopo una monografia in generale sulla nullità, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, si è impegnato sul tema della rilevabilità d'ufficio delle c.d. nullità di protezione con più saggi, tra cui *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 685 e ss., fino a giungere, nello studio qui più volte citato, alla netta conclusione della doverosità della rilevazione della nullità da parte del Giudice).

(24) Sulla categoria delle eccezioni improprie, v. R. ORIANI, voce *Eccezione*, in *Digesto discipline privatistiche Sezione civile*, Torino 1991, 262 e ss. e poi, *Eccezione rilevabile d'ufficio*, in *Foro it.*, 2001, I, 132 e ss..

eccezioni, senza specificare. Se per le eccezioni rilevabili d'ufficio il divieto della proposizione in appello non vale, vuol dire che la loro proposizione in appello è ammessa. Ciò naturalmente vale anche per l'eccezione d'ufficio di nullità: se la nullità non è stata formalmente rilevata d'ufficio nel giudizio di primo grado, essa può essere fatta valere in appello, presumibilmente in forma di impugnazione della sentenza di primo grado inficiata dall'omessa rilevazione della nullità (25).

Può dirsi, quindi, che chi ha instaurato un giudizio amministrativo su un determinato atto, anche se nel giudizio di primo grado non ha fatto valere la nullità di un altro atto diverso da quello impugnato, nei 180 giorni (dalla conoscenza, effettiva o presunta, o dalla percezione della lesività dello stesso), può aspettarsi che ciò faccia il Giudice di primo grado d'ufficio o per propria iniziativa o su segnalazione. Se ciò non accade può impugnare la sentenza di primo grado per la mancata rilevazione della nullità, provocando su ciò il giudizio (per la prima volta) del Giudice d'appello. In contrario sarebbe inesatto sostenere che ciò comporterebbe la vanificazione del termine di 180 giorni per proporre azione di nullità, perché tale termine riguarda solo la domanda nel giudizio di primo grado e non la proposizione di una eccezione "nuova" in appello, che pone per la prima ed unica volta il Giudice dinanzi alla questione della nullità dell'atto.

In questo modo l'amministrato ricorrente, che in primo grado non ha fatto valere la nullità tempestivamente e, in generale, non ha potuto imporre al Giudice di primo grado la rilevazione della nullità, ha la possibilità di investire della questione il Giudice d'appello: dispone di un grado di giudizio in meno rispetto all'amministrato che si attiva tempestivamente, ma ha la possibilità che un Giudice si pronunci sulla questione di nullità, e in definitiva, di impedire che una sentenza sia pronunciata sulla base di un atto nullo, e per questo risulti in contraddizione con la finalità fondamentale dell'istituto della nullità, che è quello di impedire ad un atto fortemente difettoso di fare da base per altri atti (26).

Secondo questa logica la sentenza d'appello che omettesse di statuire sulla nullità potrebbe essere oggetto di revocazione.

D) Andando a considerare specificamente il caso di un atto nullo che è presupposto di un altro atto, si osserva come il problema della produzione o meno di effetti da parte dell'atto (accennato in precedenza) sia chiarito in modo definitivo proprio dalle ragioni del regime processuale dello stesso atto.

Se esso non producesse effetti, l'atto successivo sarebbe sempre e comun-

---

(25) In giurisprudenza, nel senso che le eccezioni rilevabili di ufficio non rilevate nel giudizio di primo grado si risolvono in motivo di impugnazione, v. CGRS, 10 novembre 2010, n. 1403.

(26) In dottrina, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1951, ora Camerino 1998, 332-334 e A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti giuridici)* in *Riv. dir. proc.* 1991, 92-95.

que invalido e non ci sarebbe bisogno di andare a ritroso ad aggredire il primo. Così, però, sarebbe del tutto inutile la disciplina del Codice, che, invece, indubbiamente, limita la rilevazione della nullità dell'atto. Al contrario, si deve pensare che l'atto nullo abbia una sua efficacia, foss'altro incerta e solo giustificatrice di comportamenti successivi e che, quindi, chi si lamenta di un atto ad esso successivo, debba porsi il problema di far valere la sua nullità.

Quello che occorre è che il far valere lo stato di nullità sia relativamente più facile rispetto al far valere uno stato di semplice annullabilità.

Ed è importante che lo sia specialmente nei confronti di un atto che costituisce presupposto occulto di un altro atto successivo che palesemente incide sugli interessi sostanziali, e, quindi, al di là dell'apparenza di senso comune - importante e da considerare - rende dal punto di vista strettamente tecnico quest'ultimo null'altro che una conseguenza dovuta di una scelta già consumata.