

# L'INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Scuola Forense dell'ODA di  
Torre Annunziata

*Avv. Francesco De Gaetano*

# Nullità

*Art. 21-septies l. 241/1990*

È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli **elementi essenziali**, che è **viziato da difetto assoluto di attribuzione**, che è stato adottato in **violazione o elusione del giudicato**, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

*Art. 31, c. 4 c.p.a.*

La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di **decadenza di centottanta giorni**. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV.

# Nullità

**STRUTTURALE:** si verifica nel caso di mancanza degli elementi essenziali del provvedimento (situazione problematica poiché, differentemente dalla materia civile, manca un articolo come l'art. 1325 cc che definisce gli elementi essenziali del provvedimento). Si ritiene che gli unici elementi essenziali ai fini della validità siano quelli relativi alla forma e al contenuto.

**DIFETTO ASSOLUTO DI ATTRIBUZIONE:** si verifica nel caso di carenza di potere in astratto, ossia quando la Pubblica Amministrazione esercita un potere che non gli è attribuito da nessuna norma.

**VIOLAZIONE O ELUSIONE DEL GIUDICATO:** si verifica elusione del giudicato se l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue sostanzialmente l'obiettivo di aggirarle, fraudolentemente allo stesso esito già ritenuto illegittimo. Differentemente, la violazione si concretizza nel caso in cui la P.A. adotti un provvedimento avente gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale ovvero adotti un provvedimento in aperto contrasto con una statuizione del giudice.

# Nullità

La nullità in via di azione può essere fatta valere in un termine di 180 gg, similmente a quanto previsto per l'azione di annullabilità il cui termine è di 60 gg. Il decorso del termine, però, produce effetti differenti per nullità e annullabilità: nel secondo caso, il provvedimento si consolida definitivamente e non può essere disapplicato; nel primo, invece, il provvedimento continua a non produrre effetti e può essere oggetto di una dichiarazione incidentale di nullità (rilevabile d'ufficio o eccepibile dalla parte resistente)

**Rilevabilità d'ufficio:** presuppone un ricorso ricevibile, quindi instaurato nei termini. Un ricorso tardivo comporterebbe una pronuncia di rito e l'impossibilità di affrontare questioni attinenti al merito, tra cui la nullità.

Inoltre sarebbe inammissibile nel caso in cui giudizio vertesse su altro vizio, come l'annullabilità: differentemente si rimetterebbe in termini il ricorrente che non ha esercitato l'azione di nullità nel termine prescritto dalla norma.

# Nullità

Muovendo da tali considerazioni se ne potrebbe dedurre che il rilievo d'ufficio del giudice sarebbe esercitabile solo in favore dell'amministrazione, nel caso in cui la declaratoria di nullità dell'atto presupposto conducesse al rigetto dell'azione intentata dal ricorrente, in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Inoltre, il potere–dovere di intervenire d'ufficio per l'organo giudicante, se posto in relazione al principio della domanda ai sensi degli artt. 99 e 112 del Codice di procedura civile, comporterebbe conseguenze diverse a seconda del ramo processuale preso in considerazione.

# Nullità

Stante l'inciso “*non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del libro IV*”, il Legislatore ha scelto di devolvere la competenza per le ipotesi di violazione o elusione del giudicato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed, in particolare, al giudice dell'ottemperanza.

Dunque, contro il provvedimento violativo od elusivo del giudicato, non va mai attivato un nuovo giudizio di cognizione, dovendo invece essere esperito un ricorso in ottemperanza, nel termine di prescrizione previsto per l'*actio iudicati*, fissato in dieci anni.

Ai fini dell'azione di nullità, quindi, si può concludere che il termine di decadenza di 180 giorni, previsto nel primo periodo dell'art. 31, comma 4, del c.p.a., valga solo per le nullità strutturali e per il difetto assoluto di attribuzione, non essendo invece ammissibile nel caso di violazione o elusione del giudicato, per il quale è da ritenersi invece applicabile il termine di prescrizione ordinaria di dieci anni, previsto per l'azione avanti al giudice dell'ottemperanza.

# Nullità

Il ruolo del giudice dell'ottemperanza quale luogo naturale per l'impugnazione dei provvedimenti in violazione di un giudicato è stato valorizzato: l'amministrazione, secondo una dottrina, esaurirebbe il potere con la pronuncia di annullamento, per cui il provvedimento successivo al giudicato deve necessariamente indicare il superamento di tutti i motivi ostativi; se tale provvedimento dovesse essere annullato per altri motivi, il potere cesserebbe definitivamente.

Altra dottrina esclude che l'amministrazione possa esaurire il proprio potere, persistendo questo fintanto che sussiste la discrezionalità.

Problema: il provvedimento successivo alla pronuncia di annullamento è affetto da violazione di giudicato o da altra invalidità?

Ad esempio:

- Carezza di motivazione ---> Impugnazione ---> Stessa motivazione ---> Giudizio di ottemperanza
- Carezza di motivazione ---> Impugnazione ---> Diversa motivazione comunque carente ---> Nuovo rito

Non sempre è facile capire se vi sia elusione di giudicato o altra illegittimità

# Nullità

Ad. Plenaria: la sede naturale è il giudizio di ottemperanza. Se il giudice riconosce un'autonoma violazione opera una conversione del rito o invita la parte a proporre ricorso innanzi al TAR.

La conversione è possibile perché il giudice dell'ottemperanza ha poteri cognitivi.

Devono sempre essere rispettati i termini per consentire la conversione o la proposizione della domanda innanzi al TAR

# Annullabilità

Art. 21-*octies* 1. 241/1990

1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in **violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza**.

2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis.

Art. 29 c.p.a.

1. L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni.

# Annullabilità

**INCOMPETENZA:** rappresenta un caso particolare di violazione di legge.

Genera dubbi quando vengono ad essere sollevati più vizi tra cui l'incompetenza. Di norma, vengono esaminati tutti i vizi.

In un ottica **demolitoria**, potrebbe essere esaminato soltanto il vizio più soddisfacente per il ricorrente, tale per cui non esisterebbe una gerarchia tra i vizi, essendo necessario vagliare caso per caso.

In un ottica **conformativa**, si richiede che il giudice dia preminenza ai profili sostanziali più che a quelli formali, poiché il giudizio è sul rapporto e non sull'atto. I motivi sostanziali dovrebbero assorbire quelli formali.

Incompetenza infrasoggettiva: sarebbe un vizio ad assorbimento necessario, poiché il soggetto competente, non essendo parte del giudizio non sarebbe vincolato dalla pronuncia e quindi non potrebbe prodursi l'effetto conformativo.

Incompetenza interorganica: non vi è assorbimento poiché l'amministrazione è la stessa e vi è solo un problema di organo (la sentenza d'incompetenza non sarebbe inutile).

# Annullabilità

**VIOLAZIONE DI LEGGE:** comprende tutte le ipotesi in cui vi sia la violazione diretta o indiretta di una norma nazionale o sovranazionale.

Violazione di una norma costituzionale.

Il provvedimento divenuto inoppugnabile resiste alla dichiarazione retroattiva di incostituzionalità.

Inoltre, la questione di legittimità non è rilevante ove il provvedimento sia impugnato per motivi che non attengono alla norma incostituzionale (ad es. per difetto di motivazione).

Se i motivi attengono all'applicazione della norma in odore di incostituzionalità, pur se non esplicitamente enunciata l'incostituzionalità, il giudice deve sospendere il giudizio e sollevare la questione di legittimità costituzionale in quanto applicata al provvedimento.

Nella fase cautelare, il giudice dovrebbe sospendere il provvedimento e rimettere la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale: ciò sarebbe scorretto perché il giudice starebbe disapplicando un provvedimento conforme ad una norma ancora valida (giudizio diffuso non consentito).

Appare più opportuno ritenere che il giudice dovrebbe:

- sospendere il giudizio cautelare;
- rimettere la questione di compatibilità costituzionale alla Corte;
- sospendere il provvedimento in via interinale.

Tutela cautelare in via provvisoria in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale, all'esito della quale decidere se accogliere o rigettare la domanda cautelare (tutela doppiamente provvisoria).

# Annullabilità

**ECESSO DI POTERE:** è il vizio della discrezionalità e corre sulla soglia tra discrezionalità sindacabile e merito insindacabile. Si manifesta nel cattivo uso del potere da parte della Pubblica amministrazione o nella deviazione del potere da quei principi generali stabiliti dal legislatore, come la correttezza, la buona fede o la diligenza

L'eccesso di potere non consiste nella violazione di una norma ben precisa, ma nella violazione di tutto quel complesso di norme da cui è possibile ricavare i limiti del potere dell'amministrazione. Essendo difficile da individuare, sono state coniate in via pretoria delle cause sintomatiche di eccesso di potere.

## **Sviamento di potere**

1. quando l'atto non persegue un interesse pubblico ma un interesse diverso;
2. quando l'amministrazione ha agito per perseguire un fine (pur sempre pubblico ma) diverso rispetto a quello stabilito dalla legge (ad es. l'autorità sanitaria che ordina l'abbattimento di capi di bestiame per motivi di tutela ambientale).

# Annullabilità

## **Irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà dell'atto**

Quando le premesse dell'atto sono in palese contraddizione con le conclusioni o con le motivazioni, se ne deduce l'irragionevolezza o l'illogicità della scelta effettuata dall'amministrazione nell'emanare l'atto.

## **Figure secondarie**

- Travisamento ed erronea valutazione dei fatti;
- Contraddittorietà tra più atti;
- Contraddittorietà tra più parti dello stesso provvedimento.
- Inosservanza di circolari;
- Disparità di trattamento; quando in presenza di situazioni identiche, o analoghe, l'amministrazione applica trattamenti diversi, o, viceversa, quando in presenza di situazioni diverse opera uguale trattamento.
- Ingiustizia manifesta. Si tratta di una figura un po' controversa, di cui la giurisprudenza ha fatto scarsa applicazione. Il provvedimento sarebbe viziato per ingiustizia manifesta quando l'atto sia talmente iniquo da risolversi in un insanabile contrasto con i principi dell'equità e del diritto.

# Irregolarità

**Art. 21-octies c. 2** prevede un caso di non annullabilità del provvedimento in quanto caratterizzato da una difformità dallo schema normativo il cui rilievo non è tale da viziare l'atto.

Tale disciplina trova applicazione anche in presenza di un vizio del procedimento. In particolare, la disposizione addossa alla P.A. l'onere di dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso anche nel caso in cui l'avvio del procedimento fosse stato correttamente comunicato all'interessato.

Si tratta di una sanatoria diversa dalle altre create dalla giurisprudenza, come il raggiungimento dello scopo in linea con l'art. 156 c.p.c.

La *ratio* va ricercata nella mutazione dell'oggetto del giudizio: da *atto* si è passati al *rapporto*.

Per cui, sebbene il provvedimento sia certamente illegittimo, non viene annullato poiché, mancando la spettanza del bene della vita, la dichiarazione di annullamento sarebbe inutile.

Dunque, essendo palese che il privato ha torto, la sentenza di annullamento non potrebbe produrre alcuna efficacia conformativa e si risolverebbe in un inutile spreco di risorse pubbliche.

# Irregolarità

## **Mancata comunicazione di avvio del procedimento.**

Il giudizio prognostico sull'esito della partecipazione può portare alla conclusione che il secondo periodo dell'art. 21-*octies* c. 2 possa applicarsi ai soli provvedimenti vincolati, per cui in presenza di un provvedimento discrezionale il sindacato del giudice sarebbe sempre impedito non potendo questi essere certo che il privato avrebbe sempre torto, con conseguente annullamento del provvedimento.

Una tesi diversa si interroga sulla possibilità della P.A. di dimostrare che il provvedimento non sarebbe potuto essere diverso quando non vincolato. Si tratterebbe di una prova diabolica, quindi impossibile.

La norma andrebbe integrata con l'*onere di allegazione* in capo al privato in ordine alle circostanze di fatto che non sono state considerate.

Se la norma volesse dire questo, il privato dovrebbe avere qualcosa da dire che avrebbe esposto se avesse avuto conoscenza dell'avvio del procedimento. In tale circostanza, la P.A. potrebbe spiegare le ragioni della non pertinenza delle argomentazioni addotte così da consentire al giudice di valutare la bontà della motivazione della P.A. senza invaderne la discrezionalità.

Pertanto, se risulta dagli atti che il provvedimento non poteva essere diverso, il giudice può applicare l'art. 21-*octies* c. 2 sulla base del principio *iura novit curia*: norma che qualifica una fattispecie che non ha effetti invalidanti per cui può essere applicata anche in mancanza di una espressa eccezione di parte.

# Atti consequenziali

L'annullamento dell'atto preposto produce effetti **caducanti** o meramente **invalidanti**?

La giurisprudenza ritiene che la regola sia l'invalidità per cui il secondo atto dovrebbe sempre essere impugnato.

L'effetto caducante sarebbe eccezionale e si verificherebbe solo quando l'atto successivo sia frutto di una mera consequenzialità priva di discrezionalità ulteriore.

Ciò è evidente nel caso dei motivi aggiunti che permettono di introdurre nel processo gli atti successivi connessi senza dover ricorrere ad un ulteriore processo.

Grazie per l'attenzione

Avv. Francesco De Gaetano

[@diritto\\_punto](#)